Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

zu Lübeck.

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,
Präsident des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte.

Jahrgang 1865.

I. Heft.

Hamburg.
W. Mauke Söhne
vormals Perthes-Besser & Mauke.
1865.

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

zu **Lübeck**.

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte.

Band I.

Jahrgang 1865.

Mit Namen- und Sach-Register.

Hamburg.

W. Mauke Söhne

vormals Perthes-Besser & Mauke.

1866.

image
not
available

Vorwort des Herausgebers.

Es werden in diese Sammlung gesammte Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte aufgenommen werden. Sie beginnt mit dem Anfange des laufenden Jahres und wird, mit einer einzigen Ausnahme, keine Erkenntnisse aus früherer Zeit bringen. Mit dem Herausgeber haben mehrere Mitglieder des Oberappellationsgerichts die Redaction übernommen. Ein den Gebrauch der Sammlung erleichterndes Register wird jedem vierten Hefte beigegeben werden.

Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen werden gegenwärtig mehr wie je früher veranstaltet. Es möchte nicht richtig sein, diese Erscheinung lediglich auf das unmittelbare Bedürfniß einer Rechtspraxis, welche nach bestimmten sichernden Vorentscheidungen für bestimmte Kategorieen von Fällen sucht, zurückzuführen, oder sie lediglich aus dem allgemeinen realistischen Zuge des Zeitalters, welches thatsächliche Ergebnisse und handgreiflichen Nutzen will, zu erklären. Auch ein tieferes Interesse, ein wissenschaftliches Bedürfniß, liegt ihr zum Grunde. Mehr und mehr bricht sich die Erkenntniß Bahn, daß die Wissenschaft grade durch verständige Aneignung des praktischen Materials sich in höherem Grade befähigt, der Praxis einen reicheren, dem Bedürfnisse derselben wahrhaft entsprechenden, Stoff zuzuführen. Denn wie es heutzutage eine würdige Praxis nicht mehr geben kann, welche nicht die Gedanken einer vorgeschrittenen gründlicheren Wissenschaft in sich aufzunehmen weiß, so wird auch nur diejenige Doctrin den Werth wahrer Wissenschaft ansprechen dürfen, welche das Material einer tüchtigen Rechtspraxis zu benutzen versteht, um ein tieferes Verständniß des Gesetzesstoffes zu gewinnen.

Das ist die innigere Durchdringung von Theorie und Praxis, welche sich in unserem Zeitalter zu vollziehen beginnt. Sammlungen vorliegender Art, welche einen Ueberblick über die praktische Gestaltung großer Rechtstheile gewähren, werden geeignet sein können, ein wichtiges Hülfsmittel für diese höheren Aufgaben von Theorie und Praxis zu bilden. Der Versuch, in einer kurzen, einzelnen Fällen angehängten, Darlegung das theoretische und praktische Interesse derselben hervorzuheben, möchte eine nicht unverdienstliche Arbeit sein. Gegenwärtig wird eine solche nicht beabsichtigt. Dagegen werden hie und da, wo der Fall sich dazu eignet, vorangestellte Summarien auf das Interesse, welches sich an denselben knüpft, aufmerksam machen. Ferner wird man zwar bemüht sein, durch zweckmäßige Abkürzungen theils der Entscheidungsgründe, theils in der Darstellung des Rechtsfalles den Leser vor einer solchen Ausführlichkeit, welche zum Verständniß der Sache nichts beiträgt, und vor ermüdenden Wiederholungen, die in weit ausgesponnenen Rechtsstreitigkeiten oft genug vorkommen, zu sichern. Dagegen hat man aber eine detaillirtere Darlegung überall da für nothwendig erachtet, wo es darauf ankam, abweichende Rechtsansichten oder abweichende Auffassungen des Thatsächlichen in den verschiedenen Instanzen in ein helleres Licht zu stellen, oder wo ein treffendes Gesammtbild des Falles nur in dem vollen Umfange und Zusammenhange des Thatsächlichen gegeben werden, oder endlich wo nur das feinere Detail die wesentlichen Unterschiede verwandter und doch verschiedener Rechtsinstitute dem wissenschaftlichen Auge erkennbar machen konnte. Mannichfaltigkeit des den verschiedensten Rechtsgebieten und Gesetzgebungen angehörigen Stoffs wird dem Leser willkommen sein. Und speciell dem Praktiker der vier freien Städte wird in dieser Sammlung ein Ueberblick über den Stand der Praxis des höchsten Gerichtshofes der freien Städte geboten.

Lübeck im September 1865.

Bremen. 1.

P. A. Perthes in Gotha, Kläger, wider J. G. Arndt in Bremen, Beklagten, Schadensforderung wegen Nachdrucks betreffend.

---

1) Die Bundesbeschlüsse über den Nachdruck enthalten eine genaue Feststellung des Thatbestandes dieses Delicts nicht.

2) Zum Thatbestande des Nachdrucks ist außer der mechanischen Vervielfältigung erforderlich, daß das neue Druckwerk geeignet sei, das Originalwerk im Gebrauch zu ersetzen.

3) Der Nachdruck ist nach den Bundesbeschlüssen als eine widerrechtliche Vermögensverletzung aufzufassen.

4) Die in den einzelnen deutschen Staaten geltenden Nachdrucksgesetze sind nicht als Beschränkungen, sondern als Ergänzungen der Bundesbeschlüsse anzusehen.

5) Sammlungen von Auszügen aus den Werken mehrerer Schriftsteller zum Schulgebrauche sind auch nach den Bundesbeschlüssen über den Nachdruck für erlaubt zu halten, wenn nicht die Form eines Sammelwerks gewählt worden, um das Verbot des Nachdrucks zu umgehen.

6) Der Beweis eines Gewohnheitsrechts ist nicht nachzulassen, wenn die Partei es an der genügenden thatsächlichen Begründung der betreffenden Behauptung hat fehlen lassen.

Rechtsfall. Die Verlagshandlung Friedrich Andreas Perthes zu Gotha, welcher das Verlagsrecht der Bücher „fünfzig Fabeln für Kinder von W. Hey" und „Noch fünfzig Fabeln für Kinder von W. Hey" zusteht, erhob Klage wider den Lehrer Johann Gottlieb Arndt zu Bre-

men als Herausgeber dreier Lesebücher für Schulen mit der Behauptung, daß der letztere durch Aufnahme von 60 Stücken aus den Hey'schen Fabeln in die von ihm herausgegebenen Lesebücher einen Nachdruck begangen habe. Beklagter erwiederte, es liege ein Nachdruck nicht vor, da die herausgegebenen Lesebücher selbstständige zum Schulgebrauche bestimmte Sammelwerke seien. Eventuell existire in Bremen ein Gewohnheitsrecht, wonach die Aufnahme fremder literarischer Erzeugnisse in Sammlungen zum Schulgebrauche gestattet sei. Kläger berief sich für die Nachweisung, daß ein Nachdruck vorliege, insbesondere auf den Wortlaut des Art. 1 des Bundesbeschlusses vom 9. November 1837, der in Bremen, wo besondere Gesetze über den Nachdruck nicht erlassen worden, ohne Beschränkung zur Anwendung zu bringen sei, und suchte auszuführen, daß die in anderen deutschen Staaten erlassenen Nachdrucksgesetze, in denen Sammlungen zum Schulgebrauche wie die vorliegende erlaubt seien, Beschränkungen der Bundesbeschlüsse enthielten. Eventuell bitte Kläger um Nachlassung des Beweises eines Gewohnheitsrechts, wonach auch Sammelwerke der vorliegenden Art der Nachdrucksbestimmung unterworfen seien.

Das Obergericht zu Bremen erkannte sowohl in erster Instanz, als in der Revisionsinstanz auf Abweisung der Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Das Oberappellationsgericht, an welches Kläger appellirte, bestätigte die obergerichtliche Entscheidung durch Urtheil vom 28. Decbr. 1864.

In den Entscheidungsgründen zu diesem Urtheil heißt es:

I. Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Beantwortung der Frage, ob und eventualiter unter welchen Voraussetzungen durch Aufnahme einzelner Gedichte oder kürzerer Abschnitte aus anderen Werken in eine zum Schulgebrauche veranstaltete Sammlung von Auszügen aus den Werken mehrerer Schriftsteller ein strafbarer Nachdruck begangen werde?

Bei der Beantwortung dieser Frage sind, da in Bremen besondere den Nachdruck betreffende Gesetze nicht erlassen wor-

den, zunächst die daselbst publicirten Bundesbeschlüsse (insbesondere die Bundesbeschlüsse vom 9. November 1837 und 19. Juni 1845) in Betracht zu ziehen. Aus denselben ist hervorzuheben, daß die Regierungen sich über gewisse Grundsätze zu Gunsten der literarischen und artistischen Erzeugnisse geeinigt haben, namentlich darüber, daß die mechanische Vervielfältigung solcher Erzeugnisse ohne Einwilligung des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers für einen bestimmten Zeitraum verboten und der Contravenient neben der Verpflichtung zur Entschädigung des Verletzten in eine Geldstrafe zu verurtheilen sei. Die Bundesversammlung erwartete, daß diese allgemeinen Grundsätze von den Bundesregierungen durch specielle Gesetze oder Verordnungen in Ausführung gebracht würden.

An einer genauen Feststellung des Thatbestandes des Nachdrucks, welcher nach den Bundesbeschlüssen als ein auf Vermögensbeschädigung gerichtetes, auf Antrag des Verletzten zu bestrafendes Delict erscheint, fehlt es gänzlich.

Bei Erlaß des Bundesbeschlusses von 1837 war es nicht die Meinung, eine specielle und vollständige Umgrenzung dessen zu geben, was unter das Verbot des Nachdrucks fallen sollte. Von dieser Absicht war die Bundesversammlung vollständig zurückgetreten, nachdem die Jahre lang geführten Verhandlungen über eine umfassende, das Verbot des Nachdrucks normirende Gesetzgebung, denen anfangs ein in die Details eingehender Entwurf vom 9. Februar 1819 zu Grunde gelegt wurde, die Schwierigkeiten eines solchen Unternehmens aufgedeckt hatten, und begnügte man sich damit, für ganz Deutschland den Nachdruck positiv für verboten und strafbar zu erklären, was immerhin schon ein entscheidendes Resultat war, da die Bundesversammlung

vgl. Bundesbeschluß vom 9. Novbr. 1837 Art. 5

der Ansicht beitrat, daß der Nachdruck bis dahin gemeinrechtlich nicht als Delict aufzufassen sei. Was früher durch Privilegien in einzelnen Fällen den Autoren und Verlegern von einzelnen Staaten gewährt worden und demnächst in einzelne

Particulargesetze übergegangen war — das Verbot des Nachdrucks — sollte in Deutschland allgemeine Gültigkeit haben.

Wenn man sich zur Bezeichnung des Nachdrucks der Worte „mechanische Vervielfältigung" bediente, so wollte man damit nur die verschiedenen Formen der Nachbildung (Druck, Lithographie, Abschreiben, Kupferstich, Stahlstich u. s. w.) in einen Ausdruck zusammenfassen, da man voraussetzte, daß die Bestimmungen des Bundesbeschlusses und also gewiß vorzugsweise der aufgestellte Begriff des Nachdrucks die nähere Erläuterung und Ergänzung in den Particulargesetzgebungen finden werde.

Vgl. Bundesbeschluß vom 9. Novbr. 1837. Art. 6.

Schon diese im Bundesbeschlusse von 1837 selbst ausgesprochene Voraussetzung schließt den Gedanken aus, daß mit dem Ausdruck „mechanische Vervielfältigung" eine vollständig fertige Beschreibung des Thatbestandes des strafbaren Nachdrucks hätte gegeben werden sollen. Eine buchstäbliche Anwendung würde denn auch gar nicht durchführbar sein und den Autoren und Verlegern selbst ebenso gut zur Beschwerde gereichen, wie dem Publikum. Man kann daher gar nicht umhin, den gebrauchten Ausdruck nach dem Zwecke des Gesetzes näher zu bestimmen, und da dieser kein anderer war, als der pecuniairen Verwerthung der literarischen und artistischen Erzeugnisse einen Schutz zu gewähren, so ist die vom Gesetze verbotene Handlung als ein Vermögensdelict aufzufassen, und zu der Frage, ob die Nachbildung eines literarischen Erzeugnisses entweder ganz oder doch so gut als ganz in einer bloß mechanischen Vervielfältigung bestehe, immer noch die zweite Erwägung hinzuzunehmen, ob das neue Druckwerk seiner Bestimmung und seiner ganzen Einrichtung und Beschaffenheit nach geeignet sei, das Originalwerk im Gebrauche zu ersetzen. Nur eine richtige Combination beider Erwägungen wird im einzelnen Falle erkennen lassen, ob eine Druckschrift als wirklicher Nachdruck anzusehen sei oder nicht.

Daß der Ausdruck „mechanische Vervielfältigung" in diesem Sinne zu verstehen und nicht buchstäblich zu nehmen sei,

wird gerade in Betreff der durch Auszüge aus den Werken mehrerer Autoren hergestellten Sammelwerke zum Schulgebrauche bestätigt durch das Verhältniß, in welchem die Deutschen Particulargesetze zu den Bundesbeschlüssen über den Nachdruck stehen.

Sowohl die Gesetze über den Nachdruck vor dem Bundesbeschlusse von 1837: in Baden das Landrecht, Luxemburg 2. Januar. 1817, Anhalt-Dessau 15. November 1827, Anhalt-Köthen 23. Decbr. 1828, Hessen-Cassel 16. Mai 1829, Hessen-Darmstadt 23. September 1830, Sachsen-Coburg-Gotha 18. Septbr. 1828, Sachsen-Meiningen-Hildburghausen 7. Mai 1829, Preußen 11. Juni 1837, als auch die nach dem gedachten Bundesbeschlusse erlassenen Gesetze: in Sachsen-Weimar-Eisenach 11. Januar 1839, Baiern 15. April 1840, Braunschweig 10. Febr. 1842, Oesterreich 19. October 1846, Hamburg 25. November 1847, erwähnen die Aufnahme einzelner Aufsätze, Gedichte 2c. in Sammlungen; in mehreren derselben wird ausdrücklich der Zweck des Schulgebrauchs hinzugefügt. Uebereinstimmend aber wird in allen diesen Gesetzen ausgesprochen, daß eine solche Aufnahme in Sammlungen kein unerlaubter Nachdruck sei, in dem Oesterreichischen Gesetze mit der ganz singulären Beschränkung, daß die Originalquelle anzugeben sei und die in ein Sammelwerk aufzunehmenden Stücke nicht über einen Druckbogen ausmachen dürfen.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß in den Staaten, in welchen schon vor 1837 Anthologieen und ähnliche Sammelwerke namentlich zum Schulgebrauche für erlaubt erklärt waren, diese Bestimmung auch nach dem Bundesbeschlusse von 1837 als unverändert fortbestehend behandelt wurde, indem man eben durch solche vorausgegangenen Gesetze den Vorbehalt im Art. 6 des Bundesbeschlusses für erledigt hielt.

Z. B. in Preußen wurde der Bundesbeschluß vom 9. November 1837 am 11. December desselben Jahres publicirt und erst hinterher am 18. December die Verordnung vom 11. Juni 1837 zum Schutze gegen den Nachdruck, welche im

§ 4 die Aufnahme von Aufsätzen anderer Autoren in Sammlungen zum Schulgebrauche ausdrücklich gestattet. — Ferner in Sachsen-Coburg-Gotha, wo das Gesetz von 1828 die Auszüge aus anderen Werken in Form von Chrestomathieen und Anthologieen im § 6 für erlaubt erklärte, geschah die Publication des Bundesbeschlusses von 1837 mit dem Zusatze: Es solle darauf gesehen werden, daß der Beschluß sowohl überhaupt als insbesondere auch hinsichtlich der im Art. 1 dem Verlagsrechte gegebenen Ausdehnung gehörig beobachtet werde, „in welcher Beziehung den in der Verordnung vom 18. September 1828 desfalls vorgeschriebenen Anordnungen nachzugehen ist, wie denn überhaupt diese Verordnung in allen den Fällen, wo dieselbe im Bundesbeschlusse nicht begriffene Bestimmungen enthält, nach wie vor ihre gesetzliche Kraft behält." — Ebenso wurde in Sachsen-Meiningen, nach dessen Gesetz von 1829 Chrestomathieen, Anthologieen u. dgl. nicht für Nachdruck erachtet werden sollen, der Bundesbeschluß von 1837 mit dem Zusatz publicirt, daß die Verordnung von 1829 fortwährend in Kraft bleibe.

Ebensowenig ist zu bezweifeln, daß die Gesetze, welche nach 1837 erlassen wurden, von den einzelnen Staaten und von der Bundesversammlung nicht als eine Abänderung, sondern als eine Ausführung des Bundesbeschlusses von 1837 angesehen wurden und nur so angesehen werden können, weil man sonst zu der Annahme gelangen würde, die betreffenden Bundesregierungen hätten die so eben beim Bunde angenommenen Grundsätze über das Verbot des Nachdrucks durch die resp. Particulargesetze wieder aufheben wollen. Daß dies nicht die Meinung war, zeigt, um nur einzelne Beispiele anzuführen, die Auffassung Preußens, welches durch das Gesetz vom 11. Juni 1837 einen über den Bundesbeschluß von 1837 *hinausgehenden* Schutz gegen den Nachdruck zu gewähren beabsichtigte, und das die Auszüge aus fremden Werken gleichfalls gestattende Weimar'sche Gesetz vom 11. Januar 1839, welches im Eingange sagt, es solle der Schutz gegen den Nachdruck und die Nachbildung *in noch weiterem Um*-

fange gesichert werden, als es durch den publicirten Bundesbeschluß geschehen sei.

Auch diejenigen Staaten, welche in ihren den Nachdruck betreffenden Gesetzen des speciellen Falles der Sammelwerke nicht gedenken, wie Sachsen, Hannover und Würtemberg, vermeinten keineswegs, daß der Ausdruck des Bundesbeschlusses „mechanische Vervielfältigung“ buchstäblich zu verstehen sei, wie dies aus den Aeußerungen dieser Staaten bei Gelegenheit der Verhandlungen am Bundestage hervorgeht.

Vgl. Protokolle der Bundesversammlung Bd. IX. Seite 137 Jahrgang 1843 Seite 684, 1844 Seite 856.

Endlich aber ist noch darauf hinzuweisen, daß der schon oben erwähnte, den Berathungen in der Bundesversammlung zu Grunde gelegte Entwurf vom 9. Februar 1819 im Art. 11 Auszüge aus anderen Werken in Sammlungen für erlaubt erklärt, und daß keine der Bundesregierungen gegen den Inhalt des Art. 11 sich ausgesprochen hat, der denn auch in verschiedenen Fassungen in die meisten Particulargesetze übergegangen ist.

Ist nun aber die Bedeutung des Bundesbeschlusses die angegebene, so muß man daraus folgern, daß auch die Staaten, welche sich einfach auf Publication desselben beschränkten, nicht gemeint sein konnten, damit ein buchstäblich zu vollziehendes Strafgesetz zu erlassen, sondern daß sie den darin bloß angedeuteten Begriff des Nachdrucks als einen herkömmlichen und doctrinell näher bestimmbaren voraussetzten. Man wollte durch positive Gesetzesbestimmung nur das für strafbar erklären, was in Deutschland schon allgemein als unerlaubt angesehen wurde, aber nicht, wozu auch die gewählte unbestimmte Wortfassung ganz ungeeignet war, einen neuen Begriff des Nachdrucks aufstellen. Man durfte einen herkömmlichen Begriff des Nachdrucks aber wohl voraussetzen. Denn wenn auch der Nachdruck vor 1837 gemeinrechtlich nicht mit Strafe bedroht war, so existirten doch schon längst Privilegien und einzelne Particulargesetze gegen denselben, und seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts wurde die Ansicht immer

allgemeiner, daß der Nachdruck für einen unerlaubten Eingriff in die Privatrechte der Autoren und Verleger zu halten sei.

Vgl. Wahlcapitulation von 1790 art. VII. § 1.
Runde Privatrecht § 197 c.
Danz Handbuch Bd. 2. S. 224 flg.
Eichhorn Deutsches Privatrecht § 386.

Das oben Ausgeführte wird durch die tägliche Uebung auch in den Staaten bestätigt, deren Gesetze Sammelwerke der fraglichen Art nicht speciell erwähnen. Es erscheinen auch in diesen Staaten alljährlich Sammelwerke zum Schulgebrauche, und ist es zugleich bekannt, daß solche Sammlungen ungehindert von den Gesetzen über den Nachdruck im Verkehr bisher in ganz Deutschland die allgemeinste Verbreitung gehabt haben. Jolly (Lehre vom Nachdruck S. 158) macht in dieser Beziehung die gewiß ganz richtige Bemerkung, das diese Sitte nicht eine charakterlose Indulgenz gegen ein nur halb erkanntes Unrecht sei, sondern daß sie festgegründet in der Rechtsanschauung des Volkes wurzele. Zwar beruft sich Kläger unter Bezugnahme auf

Wächter das Verlagsrecht § 41 seq.

darauf, daß solche Sammelwerke nach der Bundesgesetzgebung für verbotenen Nachdruck und für erlaubt nur in den Staaten zu halten seien, in welchen die Particulargesetzgebung dies ausdrücklich ausspreche. Das Irrige dieser Auffassung aber folgt daraus, daß die Particulargesetze nicht als Beschränkungen der Bundesbeschlüsse anzusehen sind, da sich gezeigt hat, daß dieselben nur die weitere Ausführung der vom Bunde sanctionirten Grundsätze enthalten.

So ergiebt sich denn als Antwort auf die vorangestellte Frage das Folgende:

Die aus den Aufsätzen fremder Autoren zum Zwecke des Unterrichts in den Schulen zusammengestellten Sammlungen, welche die durch den beabsichtigten Zweck vorgezeichneten Grenzen nicht überschreiten, sind für unerlaubten Nachdruck zu keiner Zeit gehalten worden, und da es nicht die Meinung der Bundesgesetzgebung gewesen ist, an dem schon damals

bestehenden Begriffe des Nachdrucks irgend etwas zu ändern, so sind die Sammelwerke dieser Art auch in den Staaten, welche sich lediglich mit der Publication der Bundesbeschlüsse über den Nachdruck begnügten, für erlaubt zu halten. Selbstverständlich aber ist hiebei — übrigens auch für die Staaten, welche durch Gesetz derartige Sammlungen ausdrücklich erlaubt haben — die aus dem Zwecke der Nachdrucksgesetzgebung hervorgehende Beschränkung, daß die Form eines Sammelwerks nicht gewählt werden darf, um das Verbot des Nachdrucks zu umgehen.

II. Legt man diesen Maaßstab der Beurtheilung an die im gegenwärtigen Processe zur Frage stehenden Lesebücher, so ist

1) unzweifelhaft ein unerlaubter Nachdruck nicht anzunehmen hinsichtlich des „ersten Lesebuchs," welches aus sämmtlichen Hey'schen Fabeln ꝛc. nur 8 Stücke ganz und 3 Stücke theilweise enthält, und hinsichtlich des „Lesebuchs für Volksschulen," welches nur 1 Hey'sche Fabel und 4 Stücke aus dem Anhange zu den Fabeln aufgenommen hat. Daß bei einer so beschränkten Benutzung eines fremden Werks die Grenzen nicht überschritten worden, innerhalb deren die Aufnahme von Auszügen aus Werken anderer Schriftsteller in ein zum Lehrgebrauche in Schulen bestimmtes Sammelwerk statthaft ist, bedarf einer weiteren Ausführung nicht.

2) Zweifelhafter könnte die Beurtheilung erscheinen hinsichtlich des „zweiten Lesebuchs." Zwar ist auch hier so viel gewiß, daß die Aufnahme von 6 Stücken (3 ganz und 3 unvollständig) aus der Schrift: „Noch 50 Fabeln für Kinder" einen Nachdruck dieser Schrift nicht enthält. Aber es sind außerdem aus der Schrift „50 Fabeln für Kinder" und dem dazu gehörigen (91 verschiedene Stücke enthaltenden) Anhange resp. 30 Fabeln und 8 Stücke aufgenommen. Indessen ist auch in dieser allerdings umfänglicheren Benutzung des gedachten Werks ein unerlaubter Nachdruck nicht zu finden. Denn das „zweite Lesebuch" ist eine nach einem bestimmten Systeme geordnete Zusammenstellung von 313 Gedichten und zum Theil längeren prosaischen Aufsätzen verschiedener Auto-

ren, welche einem ganz anderen Zwecke dienen soll, als die mitbenutzten Hey'schen Fabeln. Letztere sind, wie die darin enthaltene Nachschrift an die Eltern selbst besagt, nicht zum Gebrauche in Schulen geeignet, während das zweite „Lesebuch" lediglich diese Bestimmung hat. Die benutzten Auszüge aus dem Hey'schen Werke erhalten eine ganz veränderte Bedeutung dadurch, daß sie untermischt mit einem aus zahlreichen anderen Werken entnommenen Stoffe in einen Zusammenhang gebracht sind, den sie in dem Hey'schen Werke nicht haben, so daß, worauf der Beklagte sich mit Grund beruft, das fragliche Lesebuch selbst als ein eigenthümliches literarisches Erzeugniß und Product einer besonderen geistigen Thätigkeit erscheint. Dazu kommt, daß den Hey'schen Fabeln gerade durch die beigefügten Speckterschen Bilder ihre charakteristische Bedeutung gegeben wird, welche sie von allen übrigen Schriften dieser Art unterscheidet, daß aber in dem „zweiten Lesebuche" diese Bilder ganz fehlen. Aus allem diesem ergiebt sich, daß die Reproduction der Fabeln und Stücke aus dem Hey'schen Werke, wenn auch die Zahl der ausgezogenen Stellen nicht geringe ist, in so veränderter Gestalt erfolgte, daß durch die Aufnahme derselben in eine zum Lehrgebrauche in Schulen dienende Sammlung von Gedichten, Aufsätzen 2c. verschiedener Autoren ein versteckter Nachdruck nicht begangen worden. Wenn auch die Vervielfältigung eines Theils der Hey'schen Fabeln 2c. als eine mechanische (durch Wiederabdruck) sich herausstellt, so läßt sich doch nach dem Dargelegten mit Grund nicht behaupten, es sei in das „zweite Lesebuch" so viel aus den Hey'schen Fabeln aufgenommen, daß diese selbst im Wesentlichen nur unter Hinzufügung anderen Stoffes sich wiedergegeben fänden; es ist vielmehr das „zweite Lesebuch" seiner Bestimmung und seiner ganzen Anlage nach durchaus ungeeignet, den Vertrieb der Hey'schen Fabeln im Buchhandel zu beeinträchtigen; es ist nicht geeignet, die letzteren in irgend einer Weise zu ersetzen, da die Benutzung desselben nichts von dem bietet, was bei Anschaffung der Hey'schen Fabeln intendirt wird.

Es fehlt mithin das für den Begriff des Nachdrucks außer der mechanischen Vervielfältigung erforderliche weitere Requisit, daß das neue Druckwerk geeignet sei, das Originalwerk im Gebrauche zu ersetzen, und ist daher ein wirklicher Nachdruck nicht vorhanden.

III. Die Ausführungen des Klägers, durch welche er den Thatbestand des unerlaubten Nachdrucks nachzuweisen versucht, sind zum größten Theile schon durch das Obige widerlegt und müssen auch, soweit dieselben noch nicht berührt sind, für unzutreffend erachtet werden.

1) In der Untersuchungssache wider Ordemann und Münkel, in welcher eine Entscheidung des O. A. Gerichts unterm 30. Juni 1856 erging, handelte es sich darum, ob in dem besonderen Abdrucke eines Artikels oder mehrerer aus einem Sammelwerke ein strafbarer Nachdruck liege. Jetzt liegt gerade der umgekehrte Fall vor: Aufnahme einzelner Stücke aus einer fremden Schrift in ein Sammelwerk. Die Bezugnahme auf die damalige Entscheidung erscheint hiernach fehlsam. Uebrigens ist schon in der Sache Ordemann und Münkel vom O. A. Gerichte anerkannt worden, daß ein Sammelwerk der vorliegenden Art unter Umständen nicht als Nachdruck, sondern als selbstständiges literarisches Erzeugniß anzusehen sei.

2) Die Aufstellung, auch der Wiederabdruck einer einzigen Hey'schen Fabel sei unerlaubt, weil diese Fabeln einzeln gedruckt und verkauft werden könnten, ist unbegründet, da Kläger behauptet, daß der Nachdruck hinsichtlich eines in bestimmter Form veröffentlichten Werks begangen worden, es also nur darauf ankommen kann, ob in Bezug auf die Hey'schen Schriften, so wie sie publicirt worden, ein Nachdruck vorgekommen ist oder nicht.

3) Durch den innerhalb gewisser Grenzen erlaubten Nachdruck von Auszügen aus anderen Werken in der Form von Sammelwerken wird der Schutz gegen den Nachdruck keineswegs illusorisch, wie der Kläger vermeint. Derselbe wird dadurch, wie gezeigt worden, nur auf das richtige Maaß zurückgeführt.

IV. — — — — — — — — — — —

V. 1) — — — und 2) — — — — — —

V. 3) Ebensowenig war der eventuellen 5. Beschwerde, daß nicht den Anträgen des Klägers gemäß eventualiter in anderer Weise auf Beweis erkannt sei, zu entsprechen. Der Beklagte bedurfte, wie sich gezeigt hat, gar nicht der Berufung darauf, es habe sich in Bremen ein Gewohnheitsrecht, wonach Sammelwerke dem Nachdrucksverbote nicht unterliegen, gebildet. Wenn aber Kläger eventuell um Nachlassung des Beweises eines Bremischen Gewohnheitsrechts gebeten, wonach auch Sammelwerke der Nachdrucksbestimmung unterworfen seien, so entbehrt diese Behauptung der genügenden thatsächlichen Begründung, der es um so mehr bedurfte, als hier ein Gewohnheitsrecht in Frage stehen würde, das sich auf eine für Bremen erst durch die Bundesgesetze für strafbar erklärte Handlung bezieht. Wollte nun Kläger sich darauf berufen, der Thatbestand dieses Delicts sei in der Bremischen Rechtsprechung anders aufgefaßt worden, als in den übrigen deutschen Staaten, so mußte er mit Bestimmtheit behaupten, es seien in Bremen schon Urtheile der Gerichte in dem ihm günstigen Sinne ergangen, in specie es sei von den Bremischen Gerichten die Herausgabe von Sammlungen aus anderen Werken als Nachdruck geahndet worden. Zu dieser Behauptung ist der Kläger nicht im Stande gewesen, und erscheint daher die Behauptung eines Gewohnheitsrechts ungenügend motivirt.

Bemerkung.

Es ist nicht ohne Interesse darauf hinzuweisen, daß der gegenwärtig der Bundesversammlung unterstellte Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Urheberrechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst mit der Auffassung der obigen Entscheidung ganz übereinstimmt. Dieser Gesetzentwurf beschreibt zwar im § 1 nach wie vor den Nachdruck als „mechanische Vervielfältigung „literarischer Erzeugnisse ohne Genehmigung ihres Urhebers

„resp. seiner Rechtsnachfolger," erkennt aber auch durch die in seinen übrigen Bestimmungen gegebene Begrenzung und Erläuterung des vorangestellten Begriffs an, daß durch denselben nicht eine Präcisirung des Thatbestandes des Nachdrucks beabsichtigt werde, und verfügt im § 7: „Ebenso„wenig wird als Nachdruck behandelt die Benutzung eines „literarischen Erzeugnisses zur Hervorbringung eines anderen, „sofern sie nur der Hauptsache nach nicht in eine Umgehung „des im § 1 ausgesprochenen Verbots ausartet; so ist nament„lich zulässig das wörtliche Anführen einzelner Stellen eines „Werkes oder selbst die Aufnahme einzelner kleinerer Auf„sätze und Gedichte oder einzelner Abschnitte aus anderen „Werken in ein seinem Hauptinhalte nach selbstständiges „Werk oder in eine zu einem eigenthümlichen literarischen „Zwecke oder zum Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauche „veranstaltete Sammlung von Auszügen aus den Werken „mehrerer Schriftsteller."

Hamburg. 2.

Dr. **H. Wex** m. n. M. zu Rostock, Kläger, wider Dr. **Minder** m. n. Christiane geb. X., jetzt N. N. Ehefrau zu Hamburg, Beklagten, Bestellung einer Administration betreffend.

---

1) Der Ausdruck „gesetzliches Erbrecht" bezeichnet das Intestat-, nicht das Pflichttheilsrecht.

2) Eine Vereinbarung, durch welche sich der Contrahent für einen gewissen Fall unter Curatel stellt, ist ungültig, jedoch gültig eine Vereinbarung, wodurch der Contrahent sich Beschränkungen in der Dispositionsbefugniß über sein Vermögen unterwirft.

3) Das Interesse, welches ein Vater daran hat, daß seinen Kindern ein bestimmtes Vermögen erhalten bleibe, ist für sich allein ausreichend, den Vater zum Abschlusse von Verträgen,

welche die Sicherung dieses Vermögens zum Gegenstande haben, und zur klagweisen Geltendmachung der Ansprüche aus solchen Verträgen im eigenen Namen befugt erscheinen zu lassen.

4) Nach der Rechtsprechung des O.-A.-Gerichts enthält die Nichtberichtigung der Kosten eines früheren Rechtsstreits keinen Grund, in einem späteren Processe die Einlassung zu verweigern.

5) Der Vertrag, den Ehebrecher nicht zu heirathen, ist für unzulässig nicht zu halten.

Rechtsfall. Kläger schloß mit der Beklagten, seiner damaligen Ehefrau, im Juli 1851 einen Vertrag ab, in welchem sich dieselbe insbesondere in Bezug auf das ihr aus dem Nachlasse ihres Vaters und der väterlichen Seitenverwandten zufallende Vermögen aller das gesetzliche Erbrecht ihrer Kinder aus der Ehe mit dem Kläger beeinträchtigenden Verfügungen unter Lebenden und auf den Todesfall begab (§ 6) und ausdrücklich darauf verzichtete, den Kaufmann N. N., mit dem sie im Ehebruch ein Kind (Emma) erzeugt hatte, nach Auflösung ihrer mit dem Kläger bestehenden Ehe wieder zu heirathen, wogegen die Aufhebung dieser Ehe namentlich von dem Kläger herbeigeführt werden sollte (§ 7). Weiter heißt es im § 9 des Vertrags:

„Sollte aber die Madame M. geb. X. den Bestimmungen der §§ 6 und 7 dieser Vereinbarung entgegenhandeln, so verwillkührt dieselbe ausdrücklich und räumt dem Kaufmann M. volle Macht und Befugniß ein, diesen Vergleich für ungültig zu erklären, wonach denn alle Rechte des M., welche aus dem zugestandenen Ehebruche der Madame M. ihm erwachsen sind, wieder vollständig in Kraft treten. Weiter gesteht die Madame M. in solchen Fällen dem Kaufmann M. event. seinen Erben das Recht zu, eine Administration ihres Vermögens bei dem Obergerichte zu Rostock, welches vertragsmäßig als competentes Forum, wenn auch die Madame M. in Rostock nicht ihren Wohnsitz haben sollte, angesehen werden soll, zu beantragen, und verspricht die Madame M., sich

einer solchen von dem Obbergerichte zu bestellenden Administration unweigerlich zu unterwerfen."

Dem Vertrage zuwider heirathete die Beklagte, nachdem sie vom Kläger geschieden war, den Kaufmann N. N., jetzt in Hamburg, wiewohl auch in dem landesherrlichen Scheidungsrescripte ein bezügliches Verbot ausgesprochen war.

Hierauf stellte ihr früherer Ehemann beim Niedergerichte in Hamburg eine Klage wider sie an, worin er auf Grund des obigen Vertrags bat, ihr gesammtes Vermögen unter Administration zu stellen und nach gehöriger Feststellung des Betrags dieses Vermögens dasselbe an den vom Niedergerichte zu bestellenden Administrator herauszugeben. N. N. excipirte Namens seiner Ehefrau: 1) Beklagte begehre Caution für die Prozeßkosten, 2) ferner ehe sie sich einzulassen brauche, Erstattung der durch die früher in Bezug auf denselben Anspruch versuchte Rechtsverfolgung (welche übrigens nicht bis zur Insinuation der Klage geführt hatte) erwachsenen Kosten. 3) Nur beim Obergerichte in Rostock könne Kläger die Administration beantragen. 4) Nicht die Beklagte, Ehefrau eines mit ihr in Gütergemeinschaft lebenden Hamburgischen Bürgers, könne belangt werden, sondern nur ihr Ehemann. 5) Es stehe nicht fest, daß das Obergericht in Rostock eine Administration bestellen werde, also sei die Klage angebrachter Maßen abzuweisen. 6) Nach dem Vertrage solle das Obergericht zu Rostock die Administration anordnen, nach der Klagbitte das Niedergericht in Hamburg. 7) Kläger habe die Rechte seiner nicht mehr in väterlicher Gewalt stehenden Kinder, in deren Interesse der Vertrag abgeschlossen sei, nicht zu vertreten. 8) Der Ausdruck „gesetzliches Erbrecht" beziehe sich nur auf den Pflichttheil der Kinder. 9) Von einem eigenen Rechte des Klägers aus dem Vertrage könne keine Rede sein. 10) Die Zustimmung der Beklagten zum Vertrage sei erschlichen durch die Vorspiegelung des Klägers und seiner Helfershelfer, ihr (der Beklagten) Vater wolle dies Arrangement und werde ihr, wenn sie dasselbe eingehe, verzeihen. Ihr Vater habe nichts von dem Vertrage gewußt und denselben, als er den Inhalt

erfahren, gemißbilligt. 11) Der Vertrag enthalte eine ungültige Stipulation über die Leistungsverbindlichkeit eines Dritten. 12) Der Inhalt des Vertrags sei unsittlich, indem die Beklagte auf die Wiederverheirathung mit N. N. verzichtet habe, wodurch allein ihr Vergehen gegen ihren ersten Ehemann hätte entschuldbar werden können; auch habe sie sich verpflichtet, ihre Tochter Emma im Pflichttheil gesetzwidriger Weise zu beeinträchtigen. — Kläger bestritt in der Replik die Richtigkeit der beklagtischen Einwendungen und bemerkte: ad 6) Er stelle es dem richterlichen Ermessen anheim, ob das Niedergericht zu Hamburg oder das Obergericht zu Rostock den Administrator zu ernennen habe; ad 10) leugnete er die von der Beklagten behauptete Täuschung, die übrigens nur einen Nebenpunkt, das Einverständniß eines Dritten, betreffe. Beklagte habe in diesem Betreff rechtzeitig Restitution nachzusuchen versäumt, auch habe sie, über die Stimmung ihres Vaters in Kenntniß gesetzt, den Vertrag ausdrücklich und stillschweigend als rechtsverbindlich anerkannt. —

Während der Verhandlungen in dritter Instanz überreichte Kläger eine inzwischen erlassene Verfügung des Obergerichts zu Rostock, daß der Bestellung einer dortigen Administration ein rechtliches Hinderniß nicht entgegenstehe, falls Beklagte zur gänzlichen oder theilweisen Herausgabe ihres Vermögens in foro domicilii rechtskräftig verurtheilt werde. Ferner wurde wider den Kläger ein gerichtliches Verfahren aus der Mecklenburgischen Verordnung vom 17. December 1834, betr. Eröffnung und Abwendung von Concursen, eingeleitet. —

In erster Instanz erkannte das Niedergericht in Hamburg am 19. Juni 1863:

Da in § 9 des beigebrachten Ehescheidungsvertrages der Parteien für den eingetretenen Fall der Wiederverheirathung der Beklagten mit ihrem jetzigen Ehemanne der klagende Vollmachtgeber befugt worden ist, eine Administration des Vermögens der Beklagten bei dem löblichen Obergerichte zu Rostock, welches vertragsmäßig als competentes Forum, wenn auch die Beklagte in Rostock nicht ihren Wohnsitz haben

würde, angesehen werden soll, zu beantragen, und die Beklagte sich verpflichtet hat, sich einer solchen dort zu bestellenden Administration unweigerlich zu unterwerfen, — da nun mand. nom. Kläger, nachdem er in seiner Klage den Antrag gestellt, diese Administration hier anzuordnen, und die Beklagte diesen Antrag, weil mit dem gedachten Vertrage im Widerspruch stehend, excipiendo als unschlüssig bekämpft hatte, jetzt in der Replik Pag. 41/49 erklärt hat, daß er die hiesige Administration nur im Interesse der hier ansässigen Beklagten beantragen zu sollen geglaubt habe, daß er nunmehr aber, bei dem erfolgten desfallsigen Widerspruche der Beklagten, seine Klagbitte emendirend die Entscheidung darüber, ob demnächst, nachdem die Verpflichtung der Beklagten, sich einer solchen Administration zu unterwerfen, rechtskräftig festgestellt sein werde, diese Administration hier oder in Rostock zu bestellen sei, dem Ermessen der hiesigen Gerichte überlassen wolle, — da es unter diesen Umständen für die geeignete Fortleitung dieses Rechtsstreites erforderlich erscheint, vorgängig darüber Gewißheit zu erlangen, ob das Rostocker Obergericht auf die Anordnung einer dortigen Administration eingehen werde,

da ferner aus den § 6—9 des gedachten Ehescheidungsvertrages sich ergiebt, daß der Zweck der obenerwähnten Administration ein zwiefacher ist, indem dadurch eine vorgängige Sicherstellung gewährt werden soll einmal für die Geltendmachung der durch die Verheirathung der Beklagten mit N. N. wieder in Kraft getretenen Rechte, welche dem Kläger selbst, in Folge des von der Beklagten früher begangenen Ehebruchs, bei der Scheidung auf das damalige Vermögen derselben gesetzlich in Mecklenburg zugestanden haben sollen, und zweitens für das dereinstige gesetzliche Erbrecht der vom Kläger mit der Beklagten gezeugten beiden Kinder an den nach Trennung der Ehe der Beklagten aus dem Nachlasse ihres Vaters und ihres väterlichen Oheims (X) zugefallenen Erbtheilen, — da nun Kläger replicando nicht zu bestreiten vermocht hat, daß die zur Zeit des Abschlusses jenes Ver-

trages noch minderjährigen Kinder inzwischen beziehungsweise durch Volljährigkeit und Verheirathung aus der väterlichen Gewalt geschieden, und (wie auch die Anl. 1 zum duplicarischen Nachtrage ergiebt) nach Mecklenburger Recht im Stande sind, die durch den Vertrag des Vaters ihnen früher gesicherten Rechte selbstständig zu vertreten, — da, wenn nun zwar der Kläger nach § 9 befugt erscheinen könnte, die zur Herbeiführung dieser Administration erforderlichen Schritte selbstständig zu unternehmen, doch unter den jetzigen veränderten Verhältnissen und weil die Administration jedenfalls hauptsächlich zur Sicherung der Rechte der Kinder vereinbart ist, für die Legitimation des Klägers zur Verfolgung der erhobenen Klage entweder der Beitritt der Kinder zu diesem Processe oder doch der Nachweis ihres Einverständnisses mit demselben erforderlich ist,

daß mand. nom. Kläger vorgängig zu verpflichten sei, in 4 Wochen

1) bei Strafe der Entbindung der Beklagten von der Instanz Caution für die Proceßkosten bis zur Summe von Crt. ℔ 200. zu bestellen;

2) unter gleichem Präjudize entweder den Miteintritt der beiden Kinder seines Vollmachtgebers Wilhelm M. und Charlotte geb. M. verwittweten S. in diesem Processe unter Bestellung eines hiesigen Bevollmächtigten zu veranlassen, oder nachzuweisen, daß dieselben mit der Erhebung dieser Klage abseiten ihres Vaters, soweit dieselbe die Sicherstellung ihrer Erbrechte an den obgedachten Vermögenstheilen der Beklagten betrifft, einverstanden seien und die Verfolgung derselben ihm allein überlassen wollen;

3) bei Strafe von 10 ℔ eine Bescheinigung des Rostocker Obergerichts darüber beizubringen, ob das gedachte Gericht, wenn in dem gegenwärtigen Rechtsstreite die Verpflichtung der Beklagten in Gemäßheit des § 9 des zwischen ihr und dem Kläger unter dem 22./26. Juli 1851 zu Rostock und Dresden geschlossenen Ehescheidungsvertrages, ihre fraglichen Vermögenstheile einer von dem Rostocker Obergerichte anzu-

ordnenden Administration zu unterwerfen, rechtskräftig festgestellt werden sollte, auf die Bestellung einer dortigen Administration eingehen, oder solche von sich ablehnen werde.

Und bleiben im Uebrigen und namentlich auch rücksichtlich der gegen die Rechtsgültigkeit aller fraglichen Bestimmungen des gedachten Ehescheidungs-Vertrages vorgebrachten Einreden für jetzt beiden Parteien alle Rechtszuständigkeiten im weitesten Umfange vorbehalten. —

Auf beiderseitige Appellation erging das folgende Erkenntniß des Obergerichts vom 5. Februar 1864:

da, wenn in den §§ 6 und 9 der Vereinbarung (Anlage 2 zur Klage) dem Kläger resp. seinen Erben oder dem Kläger eventualiter seinen Erben gewisse Rechte zugestanden werden, hiemit nichts Anderes verstanden sein kann, als daß die dem Kläger zunächst für ihn selbst eingeräumten Befugnisse für den Fall seines Todes auf seine alsdann vorhandenen Erben übergehen sollen, hieraus aber nicht mit dem Erkenntniß a quo die Nothwendigkeit des Miteintritts der klägerischen Kinder in diesen Rechtsstreit noch bei Lebzeiten ihres Vaters zu folgern sein würde; da sodann der Kläger, welcher in der Klage die Auslieferung des Vermögens der Beklagten an einen vom Niedergericht zu ernennenden Administrator beantragt hatte, zwar diesen Antrag replicando dahin abgeändert hat, daß der Administrator entweder von dem Rostocker Obergericht oder nach Ermessen des Niedergerichts von letzterem ernannt werden möge; da jedoch, abgesehen von der Frage der processualischen Zulässigkeit dieser Abänderung, die Vereinbarung im § 9 dem Kläger ausschließlich das Recht zuspricht, seinerseits eine Administration des Vermögens der Beklagten bei dem Obergericht in Rostock zu beantragen; da es hiernach weder zulässig noch angemessen erscheint, daß unter den jetzigen Parteien über die hypothetische Verpflichtung der Beklagten sich einer solchen Administration zu unterwerfen, gestritten werde, vielmehr zur Geltendmachung dieser Verpflichtung nur ein in Gemäßheit der Vereinbarung ernannter Administrator für legitimirt zu erachten, und so-

dann über die materielle Gültigkeit oder Ungültigkeit der Vereinbarung so wie über die sonstigen Einwendungen der Beklagten weiter zu verhandeln und zu entscheiden sein würde:

> daß auf Grund der beklagtischen Beschwerden das niedergerichtliche Erkenntniß vom 19. Juni v. J. wieder aufzuheben, und Kläger mit der von ihm angestellten Klage unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz abzuweisen sei, wobei es einer Entscheidung über die klägerischen Beschwerden nicht bedarf.

Kläger appellirte weiter an das O.-A.-Gericht, welches am 16. Januar 1865 dahin erkannte:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 5. Februar 1864 wieder aufzuheben, und

1) das Niedergerichts-Urtheil vom 19. Juni 1863 in seinem Decisum 1 wiederherzustellen, nach Erledigung des Cautionspunktes aber

2) Beklagte verbunden sei, einer Administration, deren Bestellung bei dem Obergerichte in Rostock zu beantragen dem Kläger überlassen bleibt, den Betrag ihres Eingebrachten in erster Ehe und des von ihrem Vater und Vatersbruder ererbten Vermögens nach dem am 19. November 1860 vorhandenen Bestande in Gemäßheit eines Inventars oder einer eidlichen Specification Zwecks Verwaltung der Substanz dieser Vermögenstheile auszuantworten, sie könnte und wollte denn rechtlicher Art nach erweisen:

> daß sie zum Abschluß des Vertrages vom 22./26. Juli 1851 durch die mit Wissen und Willen des Klägers von ihrem Specialcurator dem Advocaten Y. aus Rostock ihr gemachte und zwar unwahre Mittheilung, daß ihr Vater den Abschluß jenes Vertrages als Bedingung seiner Verzeihung verlange, und im Falle des Ungehorsams seine Hand von ihr abziehen werde, vermocht sei;

wogegen dem Kläger der Replikenbeweis dahin:

daß die Beklagte nach erhaltener Kunde von der Stimmung ihres Vaters den gedachten Vertrag als rechtsverbindlich anerkannt habe,

und beiden Theilen die directen Gegenbeweise, dem Kläger insbesondere aber, nach Führung gedachter Beweise und Gegenbeweise, seine etwaigen Einwendungen wider die Höhe der auszuantwortenden Beträge gedachter Vermögenstheile vorbehalten bleiben. — — — — — — — —

Entscheidungsgründe.

Für die Beurtheilung der Sache, und zunächst des aus dem Mangel der Activlegitimation entnommenen Einwandes, welcher im vorigen Urtheil zur Abweisung der Klage geführt hat, sind Inhalt und Zweck des unterm 22./26. Juli 1851 unter den Parteien abgeschlossenen Vertrages, insbesondere seines § 9 entscheidend. M. hat durch den Fehltritt seiner Frau mit N. N. an sich ein Recht auf deren Bestrafung, gerichtliche Scheidung mit dem Verbot der Wiederverheirathung und den Verlust ihres Eingebrachten erworben, seine Frau die entsprechenden Nachtheile und Verlüste zu besorgen. Andererseits dagegen erhielt sie nach der Scheidung die alleinige Verfügung des vom Vater und dessen Bruder etwa auf sie vererbten Vermögens unter Lebenden und, die gesetzlichen Beschränkungen abgerechnet, von Todeswegen; es war mithin die Zukunft der beiden in der Ehe erzeugten Kinder in Betreff des mütterlichen Vermögens nicht unbedeutend bedroht. Beide Theile hatten also ein Interesse, die betreffenden Nachtheile zu beseitigen. Dem Ehemann mußte namentlich daran gelegen sein, die Scheidung mit ihren gesetzlichen Folgen ohne Weiteres herbeizuführen, und das der Frau dereinst anfallende Vermögen seinen Kindern zu sichern; der Frau, die Bestrafung und den Verlust des Eingebrachten abzuwenden, um einer zeitweiligen Mittellosigkeit zu entgehen. Diese Absichten haben ihren Ausdruck in dem gedachten Vergleiche gefunden. Abgesehen von zur Zeit unerheblichen Verfügungen über die Erziehung der Kinder, verspricht der Mann,

die Scheidung mittelst landesherrlichen Rescripts, jedoch mit dem Verbot der Wiederverheirathung insonderheit mit N. N. zu erwirken, und die Frau ist damit einverstanden (§§ 1 und 7). Die Frau bleibt unbestraft (§ 8) und erhält ihr Eingebrachtes (§§ 3, 4 und 8), sie verzichtet dagegen in Ansehung des vom Vater oder dessen Bruder ihr etwa anfallenden Vermögens zu Gunsten ihrer beiden mit M. erzeugten Kinder auf jede Verfügung unter Lebenden und von Todeswegen, wodurch deren gesetzliches Erbrecht geschmälert werden könnte (§ 6), worunter nach allgemeinem, insbesondere unter Juristen üblichem Sprachgebrauch die Intestat- und nicht die Pflichttheils-Portion zu verstehen ist. Es kam daher nur noch darauf an, für diese gegenseitige Ausgleichung die geeignete Garantie für den Fall zu fixiren, daß die Frau den übernommenen Verpflichtungen nicht nachkommen sollte, während andererseits es gegen den Mann keines besonderen Schutzes bedurfte, da die Frau durch die Einreden aus dem Vertrage gesichert war. Diese Garantieen nun hat der § 9 im Allgemeinen dahin festgesetzt, daß sie in dem Wiederaufleben der Rechte des Mannes gegen die Frau aus deren Fehltritt und in der Stellung ihres Vermögens unter eine Administration bestehen sollen, deren Anordnung so wie die Entscheidung aller unter den Parteien eintretenden Differenzen nach einer in Mecklenburg vorkommenden Ueblichkeit einem bestimmten Gerichte, hier dem Obergerichte in Rostock übertragen ward. — Hat nun der Mann, nachdem die Ehe am 2. August 1852, wie vereinbart, landesherrlich geschieden war, die Frau aber dessen ungeachtet sich am 19. November 1860 auf Grund eines dänischen Königsbriefs mit dem derzeitigen hamburgischen Bürger N. N. wieder verehelicht hatte, zunächst auf die Unterwerfung der Frau unter die verwillkührte Administration geklagt, so kommt vor Allem die Rechtsbeständigkeit der betreffenden Stipulation in Frage. Eine Vereinbarung, sich für einen gewissen Fall unter Curatel zu stellen, ist der Regel nach ungültig, weil darin eine unerlaubte Entäußerung des Rechts der Persönlichkeit enthalten

sein würde. Wenn also der Sinn des Vertrages, wie von dem Obergerichte zu Rostock in Sachen Parbs wider M. unterm 23. Febr. 1863 rat. 6 der Entscheidungsgründe angenommen zu sein scheint, hierauf gerichtet gewesen wäre, so würde es zwar einerseits keinem Zweifel unterliegen können, daß alsdann nur die angeordnete Curatel zur Einziehung des ihr untergebenen Vermögens das allein berechtigte Subject sein würde, andererseits aber müßte jedem Anspruche auf Bestellung einer solchen Curatel durch den Richter von Amtswegen der Rechtsschutz versagt werden. Die Abweisung wegen Mangels einer Activlegitimation hätte mithin die Bedeutung einer definitiven, da ein Urtheil auf Bestellung einer derartigen Curatel in Rostock rechtswidrig sein würde. Nun bietet aber der § 9 für eine derartige Absicht der Parteien keine ausreichenden Anhaltspunkte. Denn die einzigen in dem Vertrage vorkommenden Worte, welche sich auf eine Curatel beziehen lassen, „das Recht, eine Administration ihres Vermögens zu beantragen," sind in Beihalt der obgedachten vorhergehenden Bestimmungen des Vertrages natürlicherweise nur von denjenigen Vermögenstheilen zu verstehen, deren in jenen gedacht ward, mithin von dem Eingebrachten und den Erbschaften des Vaters und Vaterbruders. Und zwar um so mehr, als bei Verträgen, zumal wenn sie von einem Rechtsgelehrten abgefaßt sind, den einzelnen Stipulationen die Bedeutung als Parteiwille zum Grunde zu legen ist, nach welcher sie rechtlichen Bestand haben. Nun ist es aber bekanntlich gestattet, der Rechte Dritter unbeschadet, sein ganzes Vermögen oder eine Quote desselben zu verschenken, und nicht minder ist das Minus erlaubt, sich unter gewissen Voraussetzungen Beschränkungen in Ansehung der Dispositionsbefugniß über das Vermögen zu unterwerfen. In allen diesen Fällen ist es Selbstverstand, daß durch den Vertrag lediglich Rechte unter den Contrahenten entstehen, und der Rechtsbestand von Verfügungen Eines derselben mit dritten nicht ohne Weiteres beseitigt, sondern dessen Collision mit den bereits eingeräumten Rechten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu

entscheiden ist. Eine derartige Bestimmung ward vorliegend getroffen: keine Curatel, sondern eine Sequestration des Vermögens ist beabsichtigt. Die Realisirung derselben wider die unwillfährige Beklagte steht aber nach den deutlichen Worten des Vertrages „dem Kaufmann M. und eventuell seinen Erben" zu, und es läßt sich mithin überall nicht absehen, mit welchem Rechte die Administration selbst, um deren Anordnung es sich erst handelt, als Rechtssubject für die Einziehung der betreffenden Vermögenstheile angesehen werden könnte.

War sonach auf Grund der ersten Beschwerde des Klägers in gegenwärtiger Instanz das vorige Urtheil aufzuheben, so leben die übrigen beiderseitigen Beschwerden voriger Instanz wieder auf, und waren, da das factische Material des Rechtsstreites vollständig in den Acten erörtert ist, es auch an sonstigen Gründen fehlt, welche eine sofortige Entscheidung der Sache bei dem O.-A.-Gerichte bedenklich machen könnten, des Widerspruchs der Beklagten ungeachtet, einer Prüfung und Aburtheilung zu unterziehen.

Unter diesen Beschwerden hängt die zweite von dem Kläger in voriger Instanz aufgestellte Beschwerde, betreffend die Beweisauflage über den Beitritt der Kinder des Klägers zum gegenwärtigen Rechtsstreit mit den bisherigen Erörterungen über den Inhalt des § 9 eng zusammen. Es fragt sich daher nunmehr weiter, ob M. allein, oder ob er im eigenen und im Namen seiner Kinder, oder endlich, ob er nur im Namen der Letzteren zu klagen berechtigt ist, und welches der Umfang der Rechtsbefugnisse der anzuordnenden Administration sei. Zu dem Ende bedarf es einer Erklärung des Inhalts des § 9. Es läßt sich denken, daß für den Fall, daß die Frau, wie geschehen, die übernommene Verpflichtung brechen sollte, eine gänzliche Aufhebung der §§ 1 bis 8 getroffenen Vereinbarungen beabsichtigt wäre, dergestalt, daß der zweite Satz, betreffend die Anordnung der Administration, die alleinige Garantie für den Vertragsbruch enthielte, und zwar dahin, daß die Dispositionsbefugniß der Frau unter Lebenden beschränkt würde, um dem Ehemanne die Geltend-

machung seiner wiederauflebenden Ansprüche und den Kindern ihre etwaigen Pflichttheilsrechte zu sichern. Oder aber: dem Ehemanne habe für den Fall des Vertragsbruchs das Wahlrecht gegeben werden sollen, entweder den Vertrag aufzuheben und auf seine früheren Rechte zurückzukommen, oder es bei solchem zu belassen, also auf den Verfall des Eingebrachten zu verzichten und für die den Kindern durch Erbvertrag zugesicherten Vermögenstheile die Administration zu beantragen. Oder ferner: es sei nur beabsichtigt, die Rechte des Ehemannes aus dem Vertrage zu beseitigen und dessen Rechte vor dessen Abschluß wiederherzustellen, die von ihm seinen Kindern in Ansehung der Erhaltung des gesetzlichen Erbrechts erworbenen Rechte aber bestehen und für Letztere die Anordnung einer Administration eintreten zu lassen. Oder endlich: der Vertrag habe, soweit er der Beklagten zum Vortheil gereicht, aufgehoben, soweit zum Nachtheil, bei Kräften bleiben und der Vater zur Sicherung beider Bestandtheile das Recht erhalten sollen, die Administration des in dem Vertrage erwähnten Vermögens zu beantragen.

Unter diesen verschiedenen Auffassungen mußte der letzten der Vorzug gegeben werden. Für dieselbe spricht die Wortfassung des § 9 überhaupt. Zuvörderst ist in dessen Eingang ein Zuwiderhandeln gegen die Bestimmungen des § 6 und des § 7 einander gleichgestellt, was im Allgemeinen darauf hindeutet, daß § 9 nur einen Zusatz zu dem Vorhergehenden enthalten, Nichts über dessen Aufhebung verfügen sollte. Sodann wird im Anfang des zweiten Satzes von § 9 nicht, je nach Verschiedenheit der möglichen Fälle, dem Vater oder dessen Kindern, sondern ganz allgemein **nur** dem M. und eventuell seinen Erben das Recht gegeben, eine Administration zu beantragen, was beweist, daß die Kinder nie als solche berechtigt sein, sondern nur wenn und soweit sie Erben des Vaters würden, nach dessen Abgang in dessen Rechte eintreten sollten. Auch ist in der Verbindung des zweiten Satzes mit dem ersten durch das Wort „Weiter" anerkannt, daß die Administration neben den im ersten Satz

gegebenen Befugnissen eintreten soll, mithin nicht bestimmt ist, die einzige Garantie für den Fall der Aufhebung des Vertrages zu bilden. Endlich braucht der Ausdruck „diesen Vergleich für ungültig zu erklären“ in Verbindung mit den unmittelbar darauf folgenden Worten „wornach ꝛc.“ durchaus nicht auf denselben, weder in seiner Totalität, noch in soweit er die Rechte des Ehemannes und nicht etwa die seiner Kinder betraf, bezogen zu werden. Dessen Stipulationen stehen keineswegs in einem solchen Zusammenhange, daß mit dem Wegfall der einen die übrigen nothwendig beseitigt werden müßten. Das Natürlichste ist vielmehr, im Fall eines Vertragsbruchs gerade diejenigen Rechte wieder aufleben zu lassen, welchen entsagt ward, die sonstigen Verfügungen des Vertrags aber bei Kräften zu erhalten. Hat also die Ehefrau einen derjenigen Punkte verletzt, deren Aufrechthaltung dem Obigen zufolge für den Kläger von wesentlichem Interesse war, so werden dadurch nicht etwa auch alle sonstigen von der Ehefrau übernommenen Verpflichtungen beseitigt, sondern es leben nur die von M. aufgegebenen Rechte, soweit möglich, wieder auf. Zu diesen gehört das Recht auf das Verfallensein des Eingebrachten, und daraus ergiebt sich, daß zu demjenigen Vermögen, dessen Stellung unter Administration der Kläger zu fordern berechtigt ist, nicht bloß die den Kindern zu erhaltenden Erbschaften ihres Großvaters und seines Bruders, sondern auch das Eingebrachte selbst gehört. Zwar kann M. möglicherweise dieses Eingebrachte der Administration sofort wieder entziehen. Das hindert aber nicht, ihn dabei interessirt erscheinen zu lassen, daß zunächst dieses Eingebrachte den Händen seiner Ehefrau entzogen werde. Auch läßt sich nicht etwa sagen, an der Stellung der beiden anderen Vermögenstheile unter Administration seien nunmehr die, Einwendens ungeachtet, der väterlichen Gewalt des Klägers nicht mehr unterworfenen

Rostocker Stadtrecht von 1756 Th. 1. Tit. 7. Art. 2.

Verordnung vom 2. Sept. 1822 § 10 (Blanck Sammlung Rostocker Verordn. p. 278).

Kinder desselben ausschließlich interessirt, und der Vater könne mithin nur auf Grund einer Bevollmächtigung derselben zur vollen Rechtsverfolgung gelassen werden. Denn ein Interesse, daß ihnen das Ihrige erhalten bleibe, wird doch Niemand dem Vater absprechen, und dies reicht hin, um die deutliche Vertragsbestimmung zu rechtfertigen, welche dem Vater allein und nur eventuell seinen Erben, bei seinen Lebzeiten aber Niemandem außer ihm die Befugniß einräumt, die Administration zu beantragen.

Anlangend aber deren Befugnisse, so muß hier zunächst dem Irrthum des Klägers entgegengetreten werden, daß die Beklagte zur Herausgabe ihres Vermögens nach den für einen Besitzer in bösem Glauben geltenden Grundsätzen der Erbschaftsklage verpflichtet sei. Diese Auffassung hat bereits durch die obige Ausführung ihre Erledigung gefunden, nach welcher von der Anordnung einer Curatel über das Vermögen der Ehefrau überall nicht die Rede ist. Ihre Bedeutung ist vielmehr nur die einer Sequestration der betreffenden Vermögenstheile und zwar des Eingebrachten bis zur definitiven Regelung der wiederauflebenden Rechte von M., der Erbschaftsantheile bis zum Tode der Beklagten, welcher selbstverständlich die Zinserträge dieser Antheile, nach Abzug der Administrationskosten, alljährlich auszuantworten sind, indem hierauf nach klarer Fassung des § 6 die den Kindern eingeräumte Befugniß, die betreffenden Antheile beim Erbgang zu erhalten, sich nicht erstreckt. Nur darüber könnte noch gezweifelt werden, ob die Anordnung der Administration lediglich als Schutzmittel für den gedachten conservativen Erbvertrag aufzufassen sei, so daß mithin der Ehefrau Verfügungen unter Lebenden über gedachte Antheile insoweit gestattet wären, als solches nach Abschluß eines Erbvertrages überhaupt zulässig ist, oder ob durch die Anordnung einer Administration ein Mehreres hat verfügt werden sollen, nämlich der Ausschluß jeder freien Verfügung unter Lebenden über die gedachte Substanz ohne Genehmigung der Administration. In dieser Beziehung mußte sich das O.-A.-Gericht für die

zweite Alternative theils um deswillen entscheiden, weil sich die Beklagte bereits im § 6 auch aller Verfügungen unter Lebenden begeben hat, durch welche das gesetzliche Erbrecht ihrer mit M. erzeugten Kinder benachtheiligt werden könnte, theils deshalb, weil in einem Falle der vorliegenden Art in der Anordnung einer Administration ein Mißtrauen in die Absichten des Verpflichteten enthalten ist, und ihr Zweck vornehmlich dahin gerichtet erscheint, außer den durch den Erbvertrag ausgeschlossenen Verfügungen von Todes wegen auch die unter Lebenden ohne Einwilligung der Administration gänzlich zu beseitigen.

Konnte hiernach an der alleinigen Berechtigung des M. zur Geltendmachung der erhobenen Ansprüche nicht gezweifelt werden, so waren nicht minder die übrigen verzögerlichen, beziehungsweise proceßhindernden Einreden und desfalls erhobenen Beschwerden zu verwerfen. Anlangend zunächst

die Einrede des fehlenden Kostenvorstandes, so ließ sich dieselbe durch Rechtskraft nicht für festgestellt erachten, indem die hierauf gegründete Verfügung des Niedergerichts durch die allgemeine Fassung der ersten klägerischen Beschwerde in voriger und jetziger Instanz, ungeachtet des sonstigen Schweigens in dem Appellationslibell des Klägers in voriger Instanz, von der Rechstkraft entbunden ward. Von Anträgen allhier oder in erster Instanz, um auf Grund derselben die Instanzentbindung auszusprechen, kann daher nicht die Rede sein. Vielmehr war nach Aufhebung des vorigen Urtheils über die Anfechtung der Auflage allhier zu entscheiden, die Anfechtung zu verwerfen, und das Decisum 1 des Niedergerichts herzustellen. Denn weder konnte mit dem Kläger angenommen werden, es sei kein Grund für die betreffende Auflage vorhanden, da feststehe, daß die Beklagte Vermögen des Klägers in Händen habe: denn dieser Punkt steht, wie aus der Entscheidung über die erste zerstörliche Einrede hervorgeht, noch keinesweges fest. Noch auch konnte andererseits auf Grund der beigebrachten Bescheinigungen über die Vermögenslage des Klägers angenommen werden, derselbe

sei unfähig, der betreffenden Auflage zu entsprechen. Denn das Beigebrachte liefert in Beihalt der

Mecklenb. Verordn. vom 17. Decbr. 1834 (O. W. 1835 St. 1.)

noch keineswegges den Beweis, daß der Kläger als Cridar anzusehen sei, und jede Verfügung über sein Vermögen zu Gunsten seiner Gläubiger verloren habe. Aus diesem Grunde konnte sich ferner das O.-A.-Gericht nicht veranlaßt finden, derzeit mittelst einer Officialverfügung den Gläubigern die Wahrnehmung ihrer etwaigen Rechte in dem gegenwärtigen Rechtsstreit anheimzustellen.

Auch die sonstigen proceßhindernden Einreden sind zwar durch gleichförmige Entscheidungen nicht beseitigt, jedoch materiell insgesammt unbegründet.

Der Einwand der Rechtshängigkeit Mangels Zahlung der in dem früheren Rechtsstreit erwachsenen Kosten, welcher den Inhalt der ersten Beschwerde der Beklagten in voriger Instanz bildet, erledigt sich durch die Bemerkung, daß bei fehlender Klagbehändigung in einem Rechtsstreit eine Rechtshängigkeit nicht entstanden, und überdies nach der Rechtsprechung des O.-A.-Gerichts die Nichtberichtigung der Kosten eines früheren Rechtsstreits keinen Rechtsgrund enthält, um in einem späteren die Einlassung zu verweigern.

Auch die zweite Beschwerde der Beklagten in voriger Instanz ist unbegründet, welche den Einwand fehlender Passivlegitimation aufrecht erhalten soll. Contrahentin des Klägers war bei Abschluß des in Rede stehenden Vertrages dessen Ehefrau, die jetzige Beklagte. Gegen diese also ist die zeitige Rechtsverfolgung gerichtet, in welcher es sich lediglich um den Inhalt der von ihr übernommenen Verpflichtungen handelt. Bedarf dieselbe auf Grund ihrer gegenwärtigen persönlichen Rechtsverhältnisse bei der Rechtsverfolgung der Zuziehung des Ehemannes oder eines Geschlechtsvormundes, so muß dieser hinzugezogen werden. Im vorliegenden Falle also bedarf es bis dahin, daß der Kläger seine Absicht, die Ehe der Beklagten mit N. N. vernichten zu lassen, rechtskräftig realisirt haben sollte, der Zuziehung des

Ehemannes N. N. Diese hat in gedachter Weise stattgefunden; der Umstand, daß der Ehemann in der Rubrik der vorigen Urtheile nicht erwähnt ist, erscheint nach Maaßgabe der obwaltenden Verhältnisse sachgemäß und rechtlich bedeutungslos. Von einem Uebergange der von der Beklagten vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeiten auf deren zeitigen Ehemann durch die Thatsache der neuen Verheirathung kann überall nicht die Rede sein, und etwaige Rechte des Ehemannes an den obgedachten Vermögenstheilen gehören nicht in den vorliegenden Rechtsstreit.

Ebenso wenig hat die Einrede des ineptes Libells Rechtsbestand, welche darauf gegründet wird, es stehe noch nicht einmal fest, das Obergericht in Rostock werde eine Administration des Vermögens anordnen, wenn auf deren Bestellung rechtskräftig erkannt werden sollte. Dieser Einwand hat das Niedergericht veranlaßt, in dem Decisum unter 3 dem Kläger die Beibringung der desfallsigen Bescheinigung unter Strafandrohung aufzulegen, und dagegen ist die vierte, beziehungsweise dritte Beschwerde der Parteien in voriger Instanz gerichtet, indem der Kläger diese Auflage als unnöthig, die Beklagte dagegen sie als unstattnehmig erachtet und den Antrag der Einrede, ihre Entbindung von der Instanz aufrecht erhält. Mit Unrecht, da nach Inhalt des in Mecklenburg geltenden Rechtes die in dem gemeinen Recht vorhandene Befugniß des Richters, in einem Falle der vorliegenden Art sich der Prorogation auf seine amtliche Thätigkeit zu entziehen, nicht existirt:

vgl. die Nachweisungen bei Trotsche, Mecklb. Schwerin. Civ.-Pr. A. 2. § 46 S. 180 fgg.

womit denn auch die in jetziger Instanz beigebrachte Bescheinigung des Obergerichts zu Rostock in Einklang steht, und wodurch sich dieser Punkt in Uebereinstimmung mit der klägerischen Beschwerde erledigt.

Ihren letzten proceßhindernden Einwand hat die Beklagte als den der unbegründeten Klage bezeichnet und darauf gestützt, daß die Klagbitte, welche auf Bestellung einer Admi-

nistration abseiten des Niedergerichts zu Hamburg gerichtet ist, mit der Bestimmung des § 9 des der Klage zum Grunde liegenden Vertrages in Widerspruch stehe, indem hiernach nur das Obergericht zu Rostock die desfalls zuständige Behörde sei; und, nachdem der Kläger in seiner Replik die Klagbitte dahin verbessert hatte, daß er die Beantwortung der Frage, wo die Administration zu bestellen sei, dem Ermessen des erkennenden Gerichtes anheimstellte, auch diese Verbesserung vom Niedergerichte für zulässig erklärt war, ihre fünfte Beschwerde wider die Zulassung dieser Emendation gerichtet. Nun konnte zwar nicht mit dem Kläger angenommen werden, der Inhalt des § 9 sei in der Hauptsache auf die Anordnung einer Administration gerichtet, die Prorogation auf das Obergericht zu Rostock schließe die Anordnung von Seiten des Gerichts, wo die Beklagte derzeit ihren Wohnsitz habe, nicht aus, und die Klagbitte sei mithin gerechtfertigt. Denn die Administration beruht ausschließlich auf der unter den Parteien in § 9 getroffenen Vereinbarung, verb. „eine Administration ihres Vermögens bei dem Obergerichte zu Rostock, welches vertragsmäßig als competentes Forum... angesehen werden soll," und die Wahl des Obergerichts zu Rostock bildet mithin

arg. l. 75. D. pro socio. 16, 3.
l. ult. C. de contr. emt. 4, 38.
l 25. pr. D. locati. 19, 2.

einen integrirenden Theil derselben dergestalt, daß von einer electiven Concurrenz des Gerichtsstandes am Wohnort nicht die Rede sein kann. Andererseits aber konnte die in Rede stehende Verbesserung nicht für unzulässig erachtet werden, indem dieselbe nach Maaßgabe der Klagschrift und ihrer Anlage sich nur als zulässige Beseitigung einer Zuvielforderung herausstellt, welche der Richter schon von Amtswegen vorzunehmen befugt gewesen sein würde.

Aus allem Diesen ergiebt sich, daß die Beklagte, welche des wesentlichen Inhalts der Klagschrift geständig ist, nachdem von Seiten des Klägers die auferlegte Caution für die

Proceßkosten geleistet sein wird, für verbunden erachtet werden muß, denjenigen Betrag ihres Eingebrachten und der Erbtheile ihres Vaters und Vaterbruders an eine von dem Obergerichte zu Rostock anzuordnende, mit den oben entwickelten Befugnissen ausgestattete Administration herauszugeben, welchen die gedachten Vermögenstheile am 19. Novbr. 1860, dem Tage, wo sie die Handlung vornahm, aus welcher ihre Verpflichtung entspringt, gehabt haben. Es würde sich daher nur noch um die Liquidation handeln, indem die Parteien über die Höhe der Beträge von einander abweichen, wenn es nicht angemessener erscheinen müßte, das desfallsige Verfahren bis dahin auszusetzen, daß über die zerstörlichen Einreden rechskräftig erkannt sein wird, indem zwei derselben zu verwerfen, in Betreff einer aber auf Beweise zu erkennen war.

Die Beklagte macht zunächst geltend, ihre Zustimmung bei Abschluß des in Rede stehenden Vertrages sei von dem Kläger und seinen Helfershelfern arglistig erschlichen. Es sei ihr nemlich von dem Advocat Y. zu Rostock, welcher ihr von dem Kläger als Specialcurator aufgedrängt sei, eingeredet worden, ihr, der Beklagten, Vater verlange den Abschluß des ihr vorgelegten Vergleiches. Folge sie seinem Willen, so werde er in kurzer Zeit die Sache redressiren, und ihr Verzeihung angedeihen lassen, im entgegengesetzten Fall aber die Hand gänzlich von ihr abziehen. Es habe sich aber bei des Vaters Tode gezeigt, daß dieser von jenem Vertrage nichts gewußt, und den Beschluß seiner Tochter sogar beklagt habe.

Hiegegen wird nun zwar von dem Kläger zunächst eingewandt, die Einrede sei nicht substantiirt, da nicht angegeben sei, Y. habe im Auftrag des Klägers der Beklagten die obigen Mittheilungen gemacht. Dieser Einwand widerspricht jedoch dem Acteninhalt. Wenn die Beklagte sagt, sie sei von dem Kläger und seinen Helfershelfern hintergangen, und unmittelbar darauf erwähnt, Y. sei ihr von dem Kläger als Specialcurator aufgedrängt, so kann dies nur so viel heißen, Y. habe mit Wissen und Willen des Klägers gehandelt, wie er gethan.

Nicht minder verwerflich ist der Einwand, der behauptete Einfluß sei als metus reverentialis nicht in Betracht zu ziehen. Von einem solchen ist in den Rechten nur da die Rede, wo es sich um Geschäfte handelt, welche direct unter dem Einfluß von Personen zu Stande kommen, denen Ehrerbietung gebührt.

Auch verdienen die Einwendungen aus der Nothwendigkeit einer Restitution und dem Ablauf der Verjährungsfrist von vier Jahren keine Beachtung, da der dolus der Regel nach aus der Reihe der Restitutionsgründe ausgeschieden ist, und seine Geltendmachung als Einrede an keine Frist gebunden ist.

Es kommt hienach allerdings darauf an, ob der angegebene von dem Kläger theils mit Nichtwissen beantwortete theils abgeleugnete Thatbestand als Einrede des Betruges zur Vernichtung des Vertrages von Bedeutung sei. Auch dies wird von dem Kläger aus dem Grunde in Abrede gestellt, weil der Betrug nur einen unerheblichen Nebenpunkt, nemlich das Einverständniß eines unbetheiligten Dritten, des Vaters, betroffen habe. Allein dieser Auffassung konnte nicht beigetreten werden. Der Vater ist bei der Ehescheidung seiner Tochter nichts weniger als ein unbetheiligter Dritter. Mag auch die Tochter in Folge ihres Verhältnisses zu N. N. mit dem Vater außer Beziehung getreten sein; wie dieser über den Abschluß jenes Vertrages dachte, insonderheit, welche Verfügungen er in Folge dessen zu treffen beabsichtigte, ob er der Tochter verzeihen wollte, ob er die Angelegenheit später zu allseitiger Zufriedenheit zu ordnen gedachte, war für die Tochter ein gewichtiger Bestimmungsgrund bei Eingehung des Vertrages. Sollte sie also hierüber getäuscht sein, so ist sie allerdings berechtigt, den Vertrag um deswillen anzufechten, und mußte ihr demnach in Anschluß an ihre Darstellung des Sachverhalts der desfallsige aus dem Urtheil ersichtliche Beweis nachgelassen werden. Bei dessen Fassung war der Umstand maßgebend, daß zwar an sich alle Momente, aus denen der behauptete dolus hervorgeht, in den Beweissatz gehören. Bei Führung des Beweises ist es jedoch Selbstverstand,

daß sich derselbe zunächst auf die der Beklagten mit Wissen und Willen des Klägers gemachte Mittheilung und auf deren Unwahrheit zu richten hat, die innere Thatsache dagegen, in wiefern die Beklagte durch diese Mittheilung zu ihrem Entschlusse gelangt sei, nur durch Anzeigen dargethan werden kann, welche aus der Art der Mittheilung zu entnehmen sind und vornehmlich der richterlichen Beurtheilung anheimfallen.

Es fragt sich daher nur noch schließlich, ob gegen diesen Beweis dem Kläger ein Replikenbeweis offen zu lassen sei. Dieser hat behauptet, die Beklagte habe nach erhaltener Kunde von der Stimmung ihres am 10. März 1854 verstorbenen Vaters den Vertrag von 1851 als rechtsverbindlich anerkannt und auf jede Einrede wider dessen Rechtsbestand ausdrücklich und stillschweigend verzichtet. Obgleich nun die Handlungen, aus welchen ein stillschweigender Verzicht abgeleitet werden soll, nicht angegeben sind, es auch ferner an einer Bezeichnung des Zeitpunktes und der Modalitäten fehlt, unter welchen der ausdrückliche Verzicht stattgefunden haben soll, die derzeitige Geltendmachung des § 4 des Vergleichs aber zu dem Ende nicht in Betracht kommen kann, so mußte doch die Behauptung einer rechtsverbindlichen Anerkennung des Vertrages nach erhaltener Kunde von der Sinnesmeinung ihres Vaters für eine Beweisnachlassung als ausreichend angesehen werden, und war demnach der gedachte Replikenbeweis, wie aus dem Urtheil zu ersehen, dem Kläger nachzulassen.

Dagegen mußte die fernere Einwendung der Ungültigkeit des Vertrages auf Grund einer Stipulation über die Leistungsverbindlichkeit eines Nichtcontrahenten, hier des Obergerichts zu Rostock, verworfen werden. Ganz abgesehen nemlich davon, daß „derartige" Verträge in Mecklenburg als rechtsbeständig angesehen werden,

Buchka und Budde, Entscheidungen B. 2. Nro. 30.

so kann in einem Falle, wo, wie hier, dem Obigen zufolge, der Dritte seine Mitwirkung nicht versagen darf, von einer desfallsigen Ungültigkeit des Vertrages überall nicht die Rede sein.

Die dritte zerstörliche Einrede der Ungültigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit wird auf Folgendes gestützt:

Zunächst darauf, daß nur durch eine Verheirathung mit N. N. das Vergehen der Beklagten wider den ersten Mann in den Augen der Welt habe entschuldigt werden können, und mithin ein Verzicht auf diese Rehabilitation unstattnehmig gewesen sei. Allein das römische Recht, und zwar schon zur Zeit der classischen Juristen, erklärt die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin für unstatthaft, insofern sich das Verbot der lex Julia et Papia, welches die Ehe einer unbescholtenen Freigeborenen mit dem im Ehebruch Ergriffenen untersagte, darauf anwenden ließ,

l. 13. D. 34, 9.

und Justinian hat eine derartige Ehe absolut verboten.

Nov. 134, 12.

Das kanonische Recht

c. 3. C. 33. qu. 1.
c. 6. 7. X. de eo qui dux. 4, 7.
c. 1. X. de conv. inf. 3, 33

hat solches dahin gemildert, daß das Verbot nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn der Ungetreue seinem Gatten nach dem Leben stand, oder auf dessen Todesfall seinem Mitverbrecher die Ehe versprochen hat. Wie wenig aber diese auch von den Evangelischen befolgte Lehre den Bedürfnissen des Lebens entspricht, kann daraus entnommen werden, daß das

A. Pr. L. R. 2, 1. Abschn. 1. §§ 25—29. und
A. Oestr. bürgerl. G. B. Th. 1. H. 2 § 67.

zu dem unbedingten Verbote des römischen Rechtes zurückgekehrt sind, und darin von mehr als einer Seite unbedingten Beifall gefunden haben.

Vergl. Glück, Pandecten B. 24. S. 21.

Von einer Ungültigkeit des Verzichtes aus diesem Grunde kann also nicht die Rede sein.

Dieselbe soll sich aber auch daraus ergeben, daß der Beklagten hiedurch die Möglichkeit genommen sei, ihre Tochter Emma zu legitimiren, indem diese nach gemeinem wie nach Rostocker Recht, weil aus verdammter Vermischung

erzeugt, kein Erbrecht in den Nachlaß der eignen Mutter gehabt haben würde. Es konnte dahin gestellt bleiben, ob dieser erst in der Duplik hervorgehobene Gesichtspunkt verspätet sei. Unzutreffend ist er jedenfalls. Das gemeine Recht entzieht der Tochter Emma das gesetzliche Erbrecht in den Nachlaß ihrer leiblichen Mutter nicht, indem im Ehebruch erzeugte den aus blutschänderischer Ehe entsprossenen Kindern nicht gleichzustellen sind.

Göschen, Civ. R. B. 5. S. 312. 313.

Ob aber das für die Erbfolge in ihren Nachlaß normgebende Particularrecht des Wohnsitzes zur Zeit ihres Ablebens dem Erbrecht der Tochter, für den Fall, daß sie unehelich bliebe, entgegenstehen würde, was z. B. der Fall wäre, wenn ihr Erbrecht nach

Rostocker St. R. Thl. 2. Tit. 2. Art. 31.

beurtheilt werden müßte, und dessen Bestimmung bis dahin nicht aufgehoben sein sollte, ist unerheblich, indem selbst dann, wenn dies der Fall wäre, daraus eine den Vertrag beseitigende Unsittlichkeit sich nicht ableiten ließe.

Völlig unverständlich aber ist es endlich, wie in der Vernehmlassung der Abschluß des Vertrages dahin gedeutet werden mag, die Beklagte habe dadurch den größesten Theil ihres Vermögens den Kindern erster Ehe zuwenden, und ihrer Tochter Emma den Pflichttheil verkürzen sollen, was eine rechtswidrige Handlung sein würde. Der Tochter Emma wird durch den Vertrag ihr Intestaterbrecht überall nicht gekürzt, und nur den nahe liegenden Besorgnissen, daß den Kindern erster Ehe ihre Intestaterbrechte geschmälert werden könnten, in wirksamster Weise entgegengetreten.

Bremen. 3.

Johann Friedrich Arens, zu Bremen, Kläger, wider **B. Grovermann & Comp.** daselbst, Beklagte, Forderung aus einem Frachtcontracte betreffend.

Connossementsfracht. Der Grundsatz, daß dieselbe von dem Ladungsempfänger zu zahlen sei, kann dem Charterer gegenüber dann nicht zur Anwendung kommen, wenn Connossement und Charter nicht übereinstimmen.

Frachtcontract. Rechtsfall: Kläger verfrachtete den Beklagten das ihm gehörige Schiff Leontine, Capitain H. Renjes, für eine Reise von Amapala, „einem sichern, zugänglichen Hafen Central-Amerika's am stillen Ocean," woselbst eine Ladung Mahagoni- und Cedernholz eingenommen werden sollte, direct nach Bremen. Als das Schiff in Amapala ankam, entstanden über Auslegung und Ausführung der über diese Beladung abgeschlossenen Chartepartie Schwierigkeiten, weßhalb der Capitain der Leontine sich, nach seinerseits levirtem Protest, entschloß mit dem Vertreter der Beklagten, Morris, ein neues Uebereinkommen abzuschließen, in Folge dessen er gegen Bewilligung eines ihm sofort baar ausgezahlten Extraliegegelds und gegen Festsetzung einer Fracht in runder Summe mit einer andern Ladung, als solche in der Chartepartie verabredet worden, versegelte. Bei Ankunft des Schiffes in Bremen kam es, da die Beklagten nur einen Theil der vom Kläger geforderten Fracht bezahlten, zur Klage, indem der Rheder Arens principaliter die zwischen Morris und Capt. Renjes verabredete runde Frachtsumme, eventualiter aber nach einer deßfalls aufgestellten Berechnung diejenige Fracht verlangte, welche das Schiff, wenn chartermäßig beladen, verdient haben würde. Die Beklagten bestritten nicht nur diese klägerischen Ansprüche, sondern wollten auch ihrerseits reconveniendo die an Morris gezahlten Ueberliegegelder condiciren. Das Handelsgericht verwies diesen letzten Anspruch ad separatum, hielt die prinzipale Bitte des Klägers für

unbegründet, und erkannte in Betreff des zweiten Antrages des Letztern auf Beweis. Dies Erkenntniß, bei welchem sich der Kläger beruhigte, ward auf beklagtische Appellation in zweiter und dritter Instanz bestätigt. Die specielleren factischen Details ergeben sich aus den Entscheidungsgründen zu dem H.-G. Erkenntniß.

1) Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 4. Mai 1863:

daß der Gegenanspruch wegen Erstattung von Liegegeld zum besondern Verfahren zu verweisen, die übrigen Einreden zu verwerfen, die erhobene Klage auf Bezahlung des Rests der in [5] und in den Connossementen erwähnten runden Frachtsumme von 3,325 L. angebrachter Maaßen zu verwerfen, die weitere Klage zwar für begründet zu erachten sei, dem Kläger jedoch obliege, im Termin vom 18. Mai 1863 annoch zu beweisen:

daß die in der Charte-Partie [3] bedungene Fracht nach der Verkaufs-Maaße für das Schiff Leontine und für die hier fragliche Reise im Ganzen 3,581 L. 16 s. 3 d. Brit. Sterl., oder wie viel weniger? betragen haben würde, wenn die Leontine vollständig in Gemäßheit [3] mit Cedernholz und mit Mahagoniholz, und zwar mit mindestens soviel Mahagoniholz als zum Ballast des Schiffs erforderlich war, beladen worden wäre.

Entscheidungsgründe.

Nach der zwischen den Partheien geschlossenen Charte-Partie [3] haben Beklagte vom Kläger dessen Schiff Leontine, Capitain H. Renjes, für eine Reise von Amapala, „einem sichern zugänglichen Hafen Central-Amerika's am stillen Ocean," direct nach Bremen gechartert, und ist dabei weiter ausgemacht, daß die Befrachter das Schiff im Ladeplatze mit einer completen Ladung Cedern- und Mahagoni-Holz in Blöcken beladen zu lassen haben, jedenfalls aber soviel Mahagoni-Holz verladen werden müsse, als zum Ballast

des Schiffs erforderlich sei, und außerdem haben Beklagte garantirt, daß nur kantig geschnittenes Holz verladen werde, eventuell die Erstattung des aus der Nichterfüllung dieser Bestimmung dem Schiffe erwachsenden Schadens versprochen. Der Capitain hatte sich am Ladeplatze an den Correspondenten der Beklagten, Morris, zu adressiren.

Als Fracht wurde bedungen £ 3. 10 sh. für jede auszuliefernde Ton von 40 Cubikfuß englische, hier durch beeidigte Messer zu ermittelnde Verkaufs-Maaße.

Bei Ankunft des Schiffs in Amapala hat der Correspondent der Beklagten in Amapala, Morris, an welchen der Capitain adressirt war, sich veranlaßt gesehen mit Capt. Renjes die vorstehend gedachte Charter aufzuheben und mit ihm einen neuen Vertrag zu schließen, nach welchem Capt. Renjes gegen eine runde Connossements-Fracht von £ 3,325 sich zur Einnahme von jeder Art Güter verpflichtete, worauf Renjes auf Morris Anweisung nach einem benachbarten Hafen an der Fonseca-Bay versegelte und hier eine Ladung von Cedern-, Mahagoni- und Gelb-Holz sowie von Häuten einnahm, Connossemente zeichnete, worin als Fracht die runde Summe von 3,325 £ angegeben ist, seine Reise hierher antrat und die Ladung glücklich überbrachte.

In soweit sind die Partheien einverstanden.

Kläger verlangt nun aber zunächst die gedachte Connossements-Fracht von £ 3,325., und zwar aus einem doppelten Grunde, einmal weil derjenige, welcher auf ein Connossement hin Frachtgut empfange, die ins Connossement geschriebene Fracht zu bezahlen habe, und dann, weil Morris bei Aufhebung der Charter und Stipulirung der Connossements-Fracht eine nützliche Geschäftsführung für Beklagte vorgenommen habe, eventuell aber verlangt Kläger diejenige Fracht, welche er seiner Meinung nach erhalten haben würde, wenn die Charter [3] vollständig erfüllt wäre, wobei er eine Berechnung aufstellt, nach welcher ihm unter Abrechnung der vom Beklagten wirklich bezahlten 12,000 ℳ noch 9,992 ℳ 24 gr. zukommen sollen, während bei Zugrunde-

legung der Connossements-Fracht ihm noch 8,415 ℱ 36 gr. gebühren würden.

Was nun zunächst die Connossements-Fracht betrifft, so kann Kläger mit seinem desfallsigen Anspruche nicht durchdringen, denn der Grundsatz, daß der Ladungsempfänger die im Connossemente angegebene Fracht zu bezahlen habe, kann dem Charterer gegenüber nicht geltend gemacht werden, wenn Connossement und Charter nicht mit einander übereinstimmen; dem aus dem Connossemente klagenden Verfrachter steht die durch die Charter sofort liquide gemachte Einrede des Vertrags, ja die exceptio doli entgegen, denn der Capitain, welcher Connossemente zeichnete, welche dem Charterer nachtheiliger sind als die Charter, und der Verfrachter, welcher sie ohne besondere Rechtfertigungsgründe gegen Letztere geltend macht, handeln offenbar vertragswidrig und dolos.

Es bedarf also einer besonderen Rechtfertigung eines solchen Verfahrens, und diese erblickt Kläger darin, daß seiner Meinung nach Morris eine nützliche Geschäftsführung für Beklagte vornahm, als er mit Capt. Renjes die Charter [3] aufhob und einen neuen Vertrag schloß, worüber die Bescheinigung des Morris [5] beigebracht ist. Allein zu einer Aufhebung der Charter und anderweitiger Verpflichtung der Beklagten war Morris so wenig befugt wie Renjes, nur der äußerste Nothstand könnte dergleichen rechtfertigen, und ein solcher ist nicht genügend dargelegt, insbesondere haben Morris und Renjes nach [5] sich mehr durch angebliche Zweckmäßigkeitsgründe als durch einen wahren Nothstand bestimmen lassen, und am wenigsten läßt sich damit und durch die sonst von Kläger angeführten Umstände grade die runde Summe von 3,325 £., welche Morris bewilligte, rechtfertigen. Jedenfalls durfte Morris nicht mehr bewilligen, als Beklagte nach der Charter höchstens zu bezahlen gehabt hätten; wie viel das sei, erhellte noch nicht, und wird es erwiesen, so müssen Beklagte, wie gleich zu zeigen ist, diesen Betrag doch bezahlen, ohne daß es des Beweises der etwaigen weitern Requisite einer nützlichen Geschäftsführung bedarf. Zwar

beruft Kläger sich noch darauf, daß in Amapala kein Holz vorräthig gewesen sei, und der Capitain nicht nöthig gehabt habe, nach einem andern Ladeplatze zu versegeln, allein abgesehen davon, daß damit noch nicht der bestimmte Betrag der bewilligten £ 3,325 gerechtfertigt wird, ist der Capitain wirklich versegelt, die Aufhebung der Charter u. s. w. ist nicht zu Amapala, sondern nach der Versegelung zu Palos Secos erfolgt, wie [5] ergiebt, und dieses ist nach der von Kläger selbst beigebrachten Bescheinigung [5] nicht deshalb geschehen, weil die Beladung in Amapala überall nicht erfolgen konnte, sondern nur zur Vermeidung möglicher Differenzen, dieser Grund aber kann die Aufhebung des geschlossenen Vertrags und Ersetzung desselben durch einen ganz andern nicht rechtfertigen, und andere, zur Rechtfertigung eines so exorbitanten Verfahrens völlig ausreichende, sind von dem Kläger nicht vorgebracht worden, so daß es nur noch auf die eventuelle Klage ankommen kann, welche allerdings, abgesehen von der Größe des Anspruchs, rechtlich begründet und liquide ist. Aus dem eigenen Zugeständnissen der Beklagten ergiebt sich nämlich: daß die Leontine, selbst unter Hinzurechnung der mitverladenen Häute und des Gelbholzes keine complete Ladung hier angebracht, sondern daß noch leerer Raum im Schiffe geblieben ist, und außerdem hat sie zum Ballast keine genügende Menge Mahagoniholz erhalten, so daß noch Sand als Ballast an Bord geblieben ist. Sie sollte nur kantig **geschnittenes** Holz laden, Beklagte selbst aber behaupten nicht einmal, daß dem Capitain, sei es in Amapala oder in Palos Secos, eine genügende Menge solchen Holzes angeboten worden sei, und das Nämliche gilt von dem zum Ballast bestimmten Mahagoni-Holze. Außerdem geht auch aus den Briefen von Morris an seinen Bruder sowohl als an Beklagte [28] bis [34], insbesondere [28, 29, 30], klar hervor, daß Morris zur genauen Erfüllung der Charter außer Stande war, wohl darüber klagt, daß Renjes es mit Erfüllung der Charter genau nehme, aber selbst nichts weniger als zu den jetzigen Einwendungen der Beklagten Anlaß giebt.

Hiernach ist also die Klage an sich begründet, wenn auch noch nicht genau erwiesen.

Prüft man dagegen die Ausstellungen der Beklagten gegen die Klage selbst im Einzelnen, so ergiebt sich der Ungrund schon jetzt vollständig. Denn was den ersten und hauptsächlichsten, dem Capitain Renjes gemachten Vorwurf betrifft, so ist dieser augenscheinlich ganz unbegründet. In der Charter [3] hatten Beklagte ausdrücklich

> garantirt, daß nur kantig geschnittenes verladen werden wird,

alles andere als kantig geschnittenes, also auch kantig gehauenes — und anderes ist ihm nicht mehr angeboten, wie Beklagte nach S. 6 prot. zugegeben haben — durfte er zurückweisen, und dabei hatte er auch das größte Interesse, nur geschnittenes Holz zu erhalten, da die Fracht nach der Verkaufsmaaße zu bezahlen war, und diese bei geschnittenem Holze für den Rheder ein weit besseres Resultat liefert, als bei gehauenem, was Beklagte auch nicht bestreiten. Die Verkaufmaaße weicht bekanntlich häufig von der wirklichen Maaße bedeutend ab, indem bei dieser die Maaße für das Holz so berechnet wird, wie es eben da liegt, bei der Verkaufsmaaße aber für schlechte Stellen, Risse, Löcher u. s. w. ein entsprechender Theil auf das ganze Stück abgerechnet wird, weshalb die Verkaufsmaaße von der wirklichen Maaße sehr erheblich abweichen kann und auch im vorliegenden Falle abweicht, wie eine Vergleichung von [7, 8] mit [16] [47] ergiebt: die Charter [3] berechtigte den Capitain zur Zurückweisung von behauenem Holze, das Interesse seiner Rheder erheischte solche Zurückweisung und nöthigte ihn dazu, und endlich hatten ihn Beklagte noch in der ihm ertheilten Instruction [20] ausdrücklich ersucht,

> „unser (der Beklagten) Interesse bei der Beladung in Amapala bestens im Auge zu haben und namentlich unsern Freund aufmerksam zu machen, daß nur gesundes kantiges Holz bei der hohen Fracht Rechnung lassen kann,"

so daß es in der That schwer zu begreifen ist, wie Beklagte jetzt dem Capitain Renjes daraus einen Vorwurf machen können, daß er ungesundes Holz zurückwies und auf Lieferung von geschnittenem Holze bestand. — Bei dieser Instruction hatten Bekagte sicherlich die weitere Bestimmung der Charter [3] im Auge, daß sie bei Nichterfüllung der Garantie den Kläger zu entschädigen hatten, also Gefahr liefen, auch für schlechtes Holz als Entschädigung die Fracht nach der vollen Maaße bezahlen zu müssen, was Kläger jetzt auch in der That verlangt. Wäre Capit. Renjes zu nachsichtig gewesen, so wäre ihm daraus sicherlich ein Vorwurf gemacht; jetzt, da er sich streng an seine Charter und Instruction der Beklagten gehalten hat, wollen diese ihm mit dem entgegengesetzten Vorwurf belasten.

Wenn sie ihm ferner vorwerfen, er habe schweres Cedernholz als Ballast zurückgewiesen und statt dessen Sandballast an Bord behalten, so trifft dieses wieder nicht zu, denn nach der Charter [3] brauchte Renjes kein anderes als Mahagoniholz als Ballast zu nehmen, es war nicht seine Sache zu ermessen, und er war auch schwerlich dazu im Stande, ob das angeblich angebotene schwere Cedernholz eben so schwer und passend zu Ballast sei, wie Mahgoniholz zu sein pflegt; er hatte sich an seine Charter zu halten, und da Beklagte nach S. 25 prot. selbst zugeben, daß ihm nicht genügend Mahagoniholz angeboten sei, so behielt er mit Recht eine hinreichende Menge Sand an Bord. Die Folgen davon hatten Beklagte, welche den Frachtvertrag nicht erfüllten, zu tragen, und daher auch den etwaigen Uebelstand, wenn Renjes deshalb sein Schiff nicht näher ans Land bringen konnte. Der Vorwurf endlich, welchen Beklagte dem Renjes deshalb machen, weil er nach [5] sein Schiff auf 951 Tons angegeben habe, trifft bei der hier fraglichen Klage nicht zu, deren Princip einfach dies ist, daß Beklagte den Frachtvertrag nicht vollständig erfüllt haben, und daher den Kläger in eben die Lage versetzen müssen, in welcher er gewesen wäre, wenn die Erfüllung vollständig erfolgt wäre, d. h. sie müssen die Fracht bezahlen,

welche er erhalten haben würde, wenn die Beladung vollständig nach Maaßgabe der Charter [3] erfolgt wäre.

Kläger hat zwar nicht bestimmt angegeben, wie viel Cubikfuß nach der Verkaufs-Maaße die Leontine hätte laden können, allein er hat doch angegeben, wie viel ihm seiner Ansicht nach an Fracht gebühre, und dieses genügt, wenngleich es immerhin wahrscheinlich ist, daß zur Ermittelung des richtigen Frachtbetrags die vorgängige Ermittelung der Cubikfußzahl nach der Verkaufs-Maaße, auf welche Kläger rechnen konnte, wenn Beklagte ihren Verpflichtungen nachgekommen wären, erforderlich werden wird, und eben so ist es sehr wohl möglich, daß zu einem ganz genauen Resultate nicht zu gelangen oder das Resultat der vorliegenden Verschiffung mitzubenutzen und zu berücksichtigen ist. Allein für jetzt bedarf es noch keiner Entscheidung darüber, ob und auf welche Weise etwa noch bleibende Lücken zu ergänzen sind.

Außer ihren Ausstellungen gegen die Klage selbst haben Beklagte noch einen Gegenanspruch von 750 Doll. geltend gemacht, welche Capit. Renjes mit Unrecht von Morris erhoben oder, wie sie meinen, erpreßt hat, und die sie nun condiciren. Allein angenommen auch, Beklagte seien befugt, in dieser Hinsicht alle Rechte des Morris geltend zu machen, so würde dieser Einwand doch nicht begründet sein, denn in einem Irrthume befand Morris sich offenbar nicht, da ihm alle Verhältnisse genau bekannt waren, und von einem Zwange kann gleichfalls nicht die Rede sein, indem Morris, konnte er den Renjes zum Versegeln u. s. w. zwingen, und ihn doch nicht zwang, freiwillig zahlte, konnte er ihn aber nicht zwingen, zu zahlen rechtlich genöthigt war, also nicht condiciren kann.

Uebrigens lagen nach Morris eigenem, vom Beklagten selbst zu den Acten gebrachten Briefe [28] die aus der gewünschten Versegelung entstehenden Schwierigkeiten nicht an Capt. Renjes, sondern an der Charter [3] und daran, daß in derselben bei Amapala enunciativ hinzugefügt war „einem sichern zugänglichen Hafen an der Westküste Central-

Amerika's am stillen Meere," statt daß es nach Morris Meinung hätte heißen müssen, „Amapala oder einem (andern) sichern zugänglichen Hafen" u. s. w., und um nun den hieraus sich ergebenden Schwierigkeiten zu begegnen, entschloß Morris sich zu dem freiwilligen Opfer von 750 Doll., wenn von einem Opfer überhaupt die Rede sein kann, und von einem Zwange war bei ihm so wenig die Rede, daß er den Renjes in [28] sogar in Schutz nimmt und seinen Bruder ersucht sich Renjes anzunehmen, wenn ihm Vorwürfe gemacht werden sollten. Eben so wenig kann auf Grund der erfolgten Zurückweisung von Holz durch Renjes und dadurch entstandenen Zeitverlusts condicirt werden, denn einmal wies Renjes nur Holz zurück, welches der Charter und Instruction nicht entsprach, und dann trifft auch hier zu, was schon vorstehend über Irrthum oder Zwang gesagt ist, so daß es der Einrede an einem genügenden factischen und rechtlichen Grunde fehlt, und mindestens die Verweisung zum besondern Verfahren erfolgen muß.

Bei den mit der Ermittelung des richtigen Frachtbetrags voraussichtlich verknüpften Weiterungen empfahl sich ein Güteversuch und ist daher überall so wie geschehen erkannt worden.

---

2) Auf beklagtische Appellation ward das Erkenntniß des Handelsgerichts im Obergericht ohne weitere Motivirung, am 4. Januar 1864, und vom O.-A.-Gericht am 28. Januar 1865 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten bestätigt, und zwar von Letzterem mit folgenden Entscheidungsgünden.

Entscheidungsgründe.

Das angefochtene Erkenntniß des Obergerichts mußte aus folgenden Gründen bestätigt werden.

I. Die erste der speciellen Beschwerden, in welche die Beklagten ihr allgemeines, gegen die Bestätigung des Handelsgerichts-Erkenntnisses gerichtetes Gravamen zerlegt haben, und welche dahin geht, daß die allein noch in Frage stehende eventuelle Frachtforderung für begründet erachtet und nicht

vielmehr ohne Weiteres abgewiesen sei, — Grav. 2 — ist völlig verwerflich.

A. Diese Frachtforderung ist darauf fundirt, daß erstlich das Schiff Leontine eine chartermäßige und complete Ladung nicht erhalten habe, und daß zweitens, wenn dies der Fall gewesen wäre, die in der Charter stipulirte Fracht die eingeklagte Summe von Ld'or-ℛ 21,992. 24 gr. betragen haben würde.

Den ersten Theil des Klaggrundes hat das Handelsgericht, abgesehen von den Einreden, für liquide angenommen und über den zweiten dem Kläger einen Beweis auferlegt, und zwar Jenes mit vollem Rechte. Nach der Charter [3] nämlich sollte das Schiff

a) eine complete Ladung von Cedern- und Mahagoniholz in Blöcken erhalten, und

b) soviel Mahagoniholz, als zum Ballast des Schiffes erforderlich, und es war

c) garantirt, daß das zu verladende Holz kantig geschnitten sein werde.

Nun steht aber, und zwar auch durch der Beklagten Eingeständniß, fest

ad a) daß das Schiff theilweise, statt mit Cedern- und Mahagoniholz, mit 900 Stück Häuten und einer Partei Gelbholz beladen und außerdem noch ein leerer Raum geblieben ist, in welchem 100 Last Güter hätten verstauet werden können;

Hand. Ger. Acten [9. 14.] Prot. S. 10.

ad b) daß das Schiff nur 32 Blöcke Mahagoniholz erhalten hat. Dies haben nämlich Beklagte in erster Instanz ausdrücklich eingeräumt, ohne zu behaupten, was auch bei einem so großen Schiffe von 431 Bremer Roggenlasten undenkbar, daß jene Quantität Holz zum Ballast genügt und der Schiffer also insofern unnöthiger Weise die ca. 49 Last Sandballast an Bord behalten habe. Endlich steht es

ad c) auch unbestritten fest, daß das verladene Holz ohne Ausnahme nicht in kantig geschnittenen, sondern nur behaue-

nen Blöcken bestanden hat. Die Frage ob, wie der Kläger meint, in Folge der Garantie, daß das Schiff nur kantig geschnittenes Holz erhalten solle, der Schiffer andere Blöcke unbedingt habe zurückweisen dürfen, würde, wenn es darauf ankäme, zu verneinen sein; allein sie ist, da er es nicht gethan hat, eine müssige. Es fragt sich vielmehr nur, ob der Kläger wegen Nichterfüllung dieser Garantie berechtigt ist, auf Grund des ihm für diesen Fall in der Charter versprochenen Schadensersatzes die Fracht so zu berechnen, als ob eine chartermäßige Ladung wirklich geliefert wäre. Und dies unterliegt keinem Zweifel, wie es denn auch in der That unerfindlich ist, worin der versprochene Schadensersatz anders bestehen soll. Denn wäre kantig geschnittenes Holz geliefert worden, so würde, da dieses keine Enden und schlechte Ecken hat, auch sich begreiflicher Weise besser stauen läßt, als nur roh behauenes, die Maaße des verladenen Holzes nahezu mit der Verkaufsmaaße, nach der die Fracht zu berechnen ist, übereingestimmt haben, und grade deshalb ist dem Kläger die Verladung von kantig geschnittenem garantirt worden. Er ist also befugt, so viel an Fracht zu berechnen, als er gemacht haben würde, wenn die Ladung der Garantie entsprochen hätte, und eben auf diesem Principe, welches die Beklagten auch in zweiter Instanz kaum mehr zu bestreiten wagen, beruht die vom Kläger aufgestellte Berechnung.

Hienach ist allerdings die Klage, soviel die Punkte sub a—c betrifft, nicht nur begründet, sondern auch liquide. Zwar wird dies, was den Punkt sub a) betrifft, von den Beklagten bestritten. Sie leugnen nicht, daß der Ablader Morris in Amapala dem Schiffer mehr Cedern- und Mahagoniholz als verladen worden, nicht habe liefern können oder wollen, wie das denn auch aus seinen eigenen Briefen, in Uebereinstimmung mit denen des Capitains, sich ergiebt:

Ebendas. [25. 30.]

Gleichwohl bestreiten sie, daß das Schiff keine complete Ladung erhalten habe, indem sie behaupten, daß die Ladefähigkeit des Schiffes eine weitere Beladung desselben mit Holz

nicht gestattet habe, und deshalb aus dem Umstande, daß noch leerer Raum im Schiffe geblieben sei, vom Handelsgerichte mit Unrecht jene Thatsache gefolgert werde. Allein es braucht auf die völlig unzureichenden, aus dem Tiefgange des Schiffes hergenommenen Beweisgründe für diese Behauptung nicht eingegangen zu werden, da keinenfalls dies dahin führen könnte, auch nur den betreffenden Theil der Frachtforderung, geschweige denn, wohin doch die jetzt fragliche Beschwerde geht, die ganze Klage ohne Weiteres abzuweisen, sondern höchstens nur noch erst auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen.

Es fragt sich daher nur noch

B. ob etwa die von den Beklagten vorgebrachten Einreden zu einer sofortigen Zurückweisung der ganzen Klage führen können. Allein auch dies ist nicht der Fall.

Dieser Einreden sind, soweit sie hier in Betracht kommen, zwei, welche beide auf einem angeblichen Verschulden des Capitains Renjes gegründet sind. Und zwar wird dieses Verschulden darin gesetzt,

1) daß derselbe in den ersten 14 Tagen, seit die Verladung begonnen, nur ganz fehlerfreies Holz habe annehmen wollen, wozu er nach der Charter nicht berechtigt gewesen;

2) daß er sich geweigert, der Aufforderung des Abladers Morris entsprechend, statt des in der Charter als Ballast stipulirten Mahagoniholzes, Cedernholz als Ballast einzunehmen und dagegen allen Sandballast auszuwerfen. Nun ist es aber zuvörderst sofort klar, daß diese Einreden nur die Nichterfüllung der Charter in den oben sub a) b) angegebenen Punkten treffen, nicht den sub c) daß sie also, selbst wenn begründet und liquide, nimmermehr zur beantragten sofortigen Verwerfung der ganzen Frachtforderung würden führen können. Allein auch soweit sie hienach überall in Betracht kommen, sind sie nicht zu beachten.

Zwar ist es unzulässig, die Beklagten auf Grund der Verordnung vom 9. Jan. 1832 § 9 mit denselben zurückzuweisen, da die Berufung des Klägers hierauf erst in dieser

Instanz erfolgt, mithin als eine verspätete Replik nicht beachtet werden kann, daher auf die materielle Würdigung derselben nicht weiter einzugehen ist.

Dagegen ist der völlige Ungrund beider dem Capitain gemachten Vorwürfe bereits vom Handelsgerichte in dessen Entscheidungsgründen so ausreichend nachgewiesen, daß es genügend erscheinen muß, darauf Bezug zu nehmen. Wären sie aber auch begründet, so würde es zur Verwerfung der jetzt fraglichen Beschwerde doch schon ausreichen, daß sie keinenfalls liquide sind, vielmehr das Thatsächliche derselben vom Kläger bestritten ist.

II. Die weitere Beschwerde der Beklagten geht dahin, daß nicht eventualiter die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen, insbesondere das Vorhandensein und der Umfang des Sandballasts und des im Schiffe verbliebenen leeren Raumes dem Kläger zum Beweise verstellt seien. (Grav. 3.)

Da die Beklagten die Angaben des Klägers über beide Thatsachen in erster Instanz ausdrücklich als richtig anerkannt haben,

Ebendas. Prot. S. 10.

so würde die Aufstellung dieser Beschwerde nicht wohl zu begreifen sein, hätten nicht die Beklagten die Meinung derselben in voriger Instanz durch das gestellte Verlangen erläutert, es müsse dem Kläger noch der Beweis auferlegt werden:

> daß und wie weit der leere Raum und der Sandballast in Folge der Nichterfüllung der Charter von Seiten der Beklagten resp. ihres Correspondenten Morris nothwendig habe beibehalten werden müssen.

Dieses Verlangen ist aber ein unbegründetes. Denn was

1) den Sandballast betrifft, so haben, wie bemerkt, die Beklagten nicht nur zugestanden, daß nur 32 Mahagoni-Blöcke haben geliefert werden können, sondern auch in erster Instanz nicht zu behaupten vermocht, daß mehr Sandballast, als nöthig, im Schiffe geblieben sei, indem sie vielmehr nur die nach dem Obigen nicht zu beachtende Behauptung aufstellen, daß der Capitain als Ballast Cedernholz hätte annehmen müssen.

Anlangend aber

2) den leeren Raum, so ist es zwar an sich völlig richtig, daß daraus, daß noch leerer Raum in einem Schiffe verblieben ist, nicht unbedingt gefolgert werden kann, das Schiff habe keine complete Ladung erhalten, da dies ja nach der specifischen Schwere der verladenen Waare von der Ladefähigkeit des Schiffes abhängt. Allein dies ist auch offenbar nicht die Meinung des Handelsgerichts. Vielmehr schließt der dem Kläger auferlegte Beweis, so wie er gefaßt ist, um zur Zuerkennung der ganzen aufgestellten Frachtforderung zu gelangen, auch den Beweis in sich, daß die Leontine nach Maaßgabe ihrer Ladefähigkeit vollaus mit Mahagoni- und Cedernholz hätte beladen werden können, und lag daher durchaus kein Grund vor, den Kläger außerdem noch mit dem beantragten Beweise zu belasten. — Vielmehr muß es lediglich den Beklagten überlassen bleiben, den von ihnen behaupteten Umstand im Gegenbeweise geltend zu machen.

Wenn

III. die Beklagten sich darüber beschweren, daß nicht die auf ein Verschulden des klägerischen Capitains gestützten Einreden ihnen zum Beweise verstellt seien (Grav. 4), so bedarf diese Beschwerde nach dem oben über die völlige Grundlosigkeit dieser Einreden Bemerkten, keiner weiteren Widerlegung.

Es erübrigt daher nur noch

IV. die letzte Beschwerde, daß der Gegenanspruch der Beklagten auf Erstattung der von Morris dem Capitain gezahlten Liegegelder zum besonderen Verfahren verwiesen, und nicht vielmehr für begründet und liquide erkannt, oder doch zum Beweise verstellt sei. (Grav. 5).

Allein auch diese Beschwerde ist eine offenbar unbegründete, indem nach der Ausführung des Handelsgerichts, auf welche hier Bezug zu nehmen genügt, durch die Verweisung der Einrede ad separatum schon zu günstig für die Beklagten erkannt ist. Und bedarf es daher nur noch der Bemerkung, daß die Meinung der Beklagten, es sei das Liegegeld jedenfalls für zwei Tage zuviel bezahlt, auf einem Irrthume

beruht, indem die Ueberliegetage, wie Beklagte selbst zugeben, mit dem 6. Juli begonnen haben und das Schiff laut des Journals den Rest der Ladung in Amapala erst am 21. Juli erhalten hat, während nur für 10 Tage Liegegelder berechnet sind: was der Capitain seinen Rhedern gegenüber besonders zu rechtfertigen, für nöthig erachtet hat.

Ebendas. [25.]

Frankfurt. 4.

Leopold Langenbach, zu Frankfurt, Beklagter, Appellant, wider **Johann August Simeons** daselbst, Kläger, Appellaten.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 26. Januar 1865.

In Erwägung,

1) daß, insoweit Appellat beabsichtigt, sein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Contumacialbescheid vom 22. October 1864 auf ein Verschulden der Vertreter des Appellanten zu stützen, dasselbe der Begründung entbehrt,

indem der appellantische Procurator Dr. C., ausweislich des beigebrachten Schreibens vom 21. September 1863,

O.-A.-G.-Act. [19]

dem Sachführer des Appellaten, Dr. P., nur zugesagt hat, daß er „bis auf weitere Instruction Seitens des Herrn Dr. M." (des appellantischen Sachführers) auf Ausschluß beim Ober-Appellationsgericht wider jenen nicht antragen werde,

und appellatischerseits weder behauptet ist, daß der Contumacial-Antrag von Dr. C. ohne Auftrag resp. wider den Willen des Dr. M. eingereicht, noch daß und welchergestalt mit diesem letzteren selbst die Unterlassung einer Ungehorsamsanklage vereinbart worden sei,

aus der Erklärung des Appellanten auf das Restitutionsgesuch aber in dieser letzteren Beziehung weiter Nichts sich

ergiebt, als daß Dr. M. von dem appellatischen Sachführer um eine Fristerstreckung „nur für kurze Zeit" angegangen worden ist und demgemäß eine Weisung an Dr. C. erlassen hat,

hierdurch aber er sich nicht verpflichtet hatte, selbst nach Ablauf von mehr als Jahresfrist überhaupt nicht, oder doch nicht eher einen Contumacialantrag zu stellen, als nachdem er dem appellatischen Sachführer von seiner deshalbigen Absicht Kenntniß gegeben haben werde;

2) daß dagegen ein ausreichender, auch bereits liquider Restitutionsgrund in dem Verschulden des appellatischen Sachführers Dr. P. gefunden werden muß,

da dieser in dem von ihm verfaßten Restitutionsgesuche bekennt, auf eingelangte Oberappellations-Einführung und Rechtfertigung des Gegners von seinem Mandanten zur Abgabe der Vernehmlassung instruirt worden zu sein,

hiernach aber es seine Pflicht war — insoferne er sich an Erstattung der Vernehmlassung innerhalb der gesetzlichen Frist verhindert fand — eine gerichtliche Fristerstreckung auszuwirken, oder doch wenigstens durch eine bestimmte, mit dem Appellanten oder dessen Vertreter getroffene Vereinbarung seinen Mandanten gegen eine Contumacialanklage sicher zu stellen,

er selbst aber nicht behauptet, dieser Pflicht in genügender Weise nachgekommen zu sein, und es also nur als eine Folge seines Verschuldens angesehen werden kann, daß, nachdem die Frist zur Vernehmlassung längst abgelaufen und der appellantische Sachführer durch den Bescheid des Ober-Appellationsgerichts vom 6. Octbr. 1864 hierauf aufmerksam gemacht worden, derselbe in der Lage war, seinem hiesigen Procurator sofort den Auftrag zur Einreichung einer Ungehorsamsanklage geben zu können,

cf O.-A.-G. Act. [23] pg. 4;

jenes Verschulden auch, obgleich es vom appellatischen Sachführer nicht ausdrücklich eingestanden worden, aus dem thatsächlichen Inhalt der von ihm concipirten Schrift,

O.-A.-G. Act. [18]

von selbst sich ergiebt, und es einer weiteren Bescheinigung des darinliegenden Restitutionsgrundes um so weniger bedarf, als auch die Ausführungen des Appellanten sachlich nur darauf hinauslaufen, daß hier kein Verschulden der appellantischen Vertreter, sondern nur ein solches des appellatischen Sachführers vorliege;

3) daß nach § 160 der O.-A.-Ger.-Ordnung im Falle der Zulassung einer Restitution gegen die durch Schuld des Procurators oder Advocaten versäumte Frist, gegen den Schuldigen immer eine Strafe zu erkennen ist,

diese jedoch im vorliegenden Falle aus dem doppelten Grunde niedrig bemessen werden kann, weil es sich nicht um Versäumung einer Nothfrist handelt, und weil Dr. P. immerhin mit einigem Grunde darauf rechnen konnte, daß, nach einmal gewährter Frist, von der anderen Seite nicht ohne vorherige Kundgebung der deshalbigen Absicht auf Ausschließung mit der Vernehmlassung werde angetragen werden;

im Uebrigen neben der zu verhängenden Strafe den schuldigen Sachführer auch die Pflicht zur Erstattung der durch die Fristversäumniß und den Restitutionsantrag veranlaßten Kosten trifft,

erkennt das Oberappellations-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die vom Appellaten erbetene Restitution wider den am 22. Octbr. 1864 erkannten Ausschluß mit der Vernehmlassung, unter Verurtheilung des appellatischen Sachführers Dr. P. in die durch die Fristversäumniß und das Restitutionsgesuch veranlaßten Kosten, sowie in eine binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Execution an die Kanzlei des O.-A.-Gerichts zu zahlende Strafe von 15 ℔ Cour., zu ertheilen sei; und wird 2c.

5. Frankfurt.

Catharine Hoerle, aus Lieblos, Klägerin, wider den Curator der **A. Ruhland**'schen Debitmasse zu Frankfurt, Beklagten, Forderung und Vorzugsrecht betreffend.

---

1) Dienstboten haben in Bezug auf das Mobiliar ihrer Herrschaft regelmäßig keine Detention, sondern nur Beaufsichtigung.

2) Bei beabsichtigter Constituirung eines Faustpfandes kommt es nicht darauf an, daß die Detention gleichzeitig mit der Pfandbestellung eingeräumt wird, das Faustpfand liegt in dem Augenblick vor, wenn Detention und Pfandbestellung zusammentreffen.

Rechtsfall. Klägerin stand als Haushälterin im Dienste des Handelsmanns Ruhland in Frankfurt a. M., dem sie ein Darlehn von 1200 fl. gemacht hatte. Ihr Dienstherr gerieth in Schuldhaft, und blieb die Klägerin allein in seiner Wohnung zurück. Sie erlangte damals nach dem Zugeständnisse des Beklagten die Detention des Mobiliars ihres Dienstherrn, welcher später während seiner Haft der Klägerin über ihre Forderung einen Schuldschein ausstellte, worin er ihr sein Mobiliar „in Versatz" gab. Als demnächst über das Vermögen des Ruhland der Concurs eröffnet wurde, begehrte Klägerin, dem Frankfurter Recht gemäß als Faustpfandgläubigerin zum Verkaufe des Mobiliars zwecks ihrer Befriedigung zugelassen zu werden, eventuell nahm sie das Retentionsrecht aus Art. 54 der (Frankfurter) Wechselordnung von 1739 in Anspruch.

Das Stadtgericht zu Frankfurt verwarf in seinem Erkenntnisse vom 5. Februar 1864 beide Anträge der Klägerin, und wurde dieses Erkenntniß vom Appellationsgerichte am 25. Mai 1864 bestätigt.

Auf Appellation der Klägerin erkannte das Ober-Appellationsgericht in seinem Urtheile vom 26. Januar 1865 in Gemäßheit des ersten Antrags derselben reformatorisch dahin:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der Freien Stadt Frankfurt vom 25. Mai 1864, wie hiemit geschieht, aufzuheben, und die sub Nris. 2 bis 21, 30 bis 42 und 49 bis 75 des Inventars in [12] fasc. general. der Ruhland'schen Debitacten verzeichneten Sachen zur Befriedigung der Klägerin wegen ihrer Darlehnsforderung von 1200 fl. mit Zinsen zu 5% seit dem 1. April 1862 durch den geschworenen Ausrufer zu versteigern, auch die Klägerin mit dem hiernach etwa noch verbleibenden Forderungsreste in dem im Ruhland'schen Concurse zu erlassenden Rangurtheile in der IX. Classe der Gläubiger zu lociren sei.

Die Kosten ꝛc.

Entscheidungsgründe.

Klägerin, welche in der wider den jetzigen Cridar angestellten Pfandklage gebeten hatte, gewisse demselben gehörige Mobiliargegenstände zwecks Befriedigung für ihre jetzt rechtskräftig feststehende Darlehnsforderung von 1200fl. nebst 5% Zinsen seit dem 1. April 1862 versteigern zu lassen, wiederholt in der principalen Beschwerde gegenwärtiger Instanz die frühere Klagbitte. Es war dieser Beschwerde gemäß der Pfandbesitz der Klägerin an den in ihrer Liquidation näher bezeichneten Sachen anzuerkennen, und unter Aufhebung der entgegenstehenden Entscheidung der vorigen Richter der Verkauf dieser Gegenstände zum Besten der Klägerin zu verfügen.

Es ist richtig, daß den Dienstboten regelmäßig nur hinsichtlich derjenigen Sachen der Herrschaft, welche ihnen zur Benutzung für eigene Zwecke oder für Zwecke der Herrschaft überlassen sind, eine Detention zusteht, während in Bezug auf das sonstige im Hause befindliche Mobiliar nur von

einer Beaufsichtigung der Dienstboten, die je nach den verschiedenen Umständen einen beschränkteren oder weiteren Umfang annehmen wird, gesprochen werden kann. Wenn daher Klägerin, die in dem Verhältnisse einer Haushälterin und Dienstmagd zum Ruhland stand, behauptet, daß sie das Mobiliar ihres Dienstherrn besitze, so hat sie nachzuweisen, daß ihr die Detention der Mobilien ausdrücklich oder stillschweigend von ihrem Dienstherrn übertragen worden. Zu diesem Nachweise würde es dem Beklagten gegenüber, der in der ersten Instanz nur das regelmäßige Verhältniß scheint einräumen zu wollen, nicht genügen, daß die Klägerin, als ihr Dienstherr in Schuldhaft gerieth, allein in seiner Wohnung zurückblieb, da hieraus in Bezug auf das Mobiliar desselben mit Sicherheit nur die Uebertragung einer weiter gehenden Aufsicht an die Klägerin, nicht schon eine Detention derselben würde gefolgert werden können. Aber der Beklagte hat in gegenwärtiger Instanz unzweideutig zugestanden, daß die Klägerin als Haushälterin und Dienstmagd des Ruhland die Schlüssel zu den Schränken und Commoden in Händen gehabt, und als ihr Dienstherr in Schuldhaft gerathen, die Detention seines Mobiliars erlangt habe, auch in diesem Detentionsbesitze verblieben sei.

Dieses Zugeständniß hat Beklagter gegen sich gelten zu lassen.

War aber die Klägerin in der Detention der Mobilien ihres Dienstherrn, so bedurfte es zur Constituirung eines Pfandbesitzes an denselben für sie nicht einer neuen Apprehensionshandlung, sondern nur noch eines Acts, wodurch constatirt wurde, daß sie die bisher für ihren Dienstherrn besessenen Sachen mit seiner Zustimmung im eigenen Namen als Pfandgläubigerin besitzen wollte.

Ein solcher Act würde eine genügende Uebergabe der Mobilien zum Pfandbesitze enthalten, wie eine s. g. brevi manu traditio mit der Wirkung des Eigenthumserwerbs darin zu finden wäre, wenn ihr Dienstherr ihr die detinirten

Faustpfandes gekommen, so ist auch die Bezugnahme auf die Verordnung vom 10. Januar 1837, welche lediglich die Bestellung von Hypotheken an beweglichen Gütern für unwirksam erklärt, unstatthaft. Daß aber auch nach der Verordnung vom 10. Januar 1837 ein Faustpfand anzunehmen sei, wenn die Uebereinkunft über das Pfandrecht unter den Contrahenten und der Besitz der verpfändeten Sache beim Gläubiger vorhanden sind, hat das Ober-Appellationsgericht bereits in der Sache Perl wider Fresenius unterm 17. November 1842 ausgesprochen und war diesem gemäß auch jetzt zu entscheiden.

---

6. Bremen.

Wilhelm Klein, zu Berlin, Kläger, wider **Gottfried Theodor Mohr**, zu Bremen, Beklagten, Commissionsgeschäfte betreffend.

Verbot des Handelsbetriebes durch Mäkler.

Die Vorschrift im Schlußsatz des § 40 der Bremischen Waaren-Mäkler-Ordnung von 1828,*) wonach die dem Verbot zuwider eingegangenen Handelsgeschäfte für keinen der Contrahenten irgend ein Recht begründen sollen, ist als eine höchst singuläre zu betrachten. Sie geht nicht bloß auf die in Bremen, sondern auch auf die auswärts von einem Mäkler für eigene Rechnung eingegangenen Handelsgeschäfte, insbesondere auch auf die nach auswärts hin ertheilten Commissionen. Als ein zugleich gegen die Mitcontrahenten des Mäklers gerichtetes Strafgesetz ist sie nicht aufzufassen.

---

*) Der § 40 lautet vollständig:

Handlungsgeschäfte zu treiben, öffentlich oder stillschweigend Theilhaber oder Actien-Inhaber einer Handlung, einer Rhederei, Assecuranz-Compagnie, oder einer kaufmännischen Unternehmung zu sein, oder auch einzelne Geschäfte für eigene Rechnung oder als Mitinteressent zu machen, namentlich den Absatz von Waaren zu gewissen Preisen auf eigene Gefahr zu übernehmen, imgleichen Wechsel zu giriren und del credere zu stehen, ferner Aufträge, Commissionen und Consignationen zu Verkäufen oder

Statuten-Collision. Der Proceßrichter hat ein in seinem Staat bestehendes absolutes Prohibitivgesetz auch auf solche Fälle anzuwenden, welche abgesehen davon nach einem anderen örtlichen Recht zu beurtheilen sein würden.

Gewohnheitsrecht. Die Behauptung eines vom gemeinen Recht oder publcirten Rechtsquellen abweichenden Gewohnheitsrechtes ist der Richter zu berücksichtigen nur dann verbunden, wenn geeignete thatsächliche Angaben gemacht sind, woraus sich die Entstehung und Ausbildung des Gewohnheitsrechtes erkennen läßt.

Verhandlungs-Maxime. Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes, welche sich auf eine aus Gründen des öffentlichen Wohles getroffene Gesetzesvorschrift stützen, sind auch von Amtswegen zu berücksichtigen.

Rechtsfall. Der als beeidigter Waaren-Mäkler in Bremen angestellte G. Th. Mohr betrieb in den Jahren 1861 und 1862 an verschiedenen auswärtigen Plätzen Speculationsgeschäfte für seine Rechnung. So ertheilte er an W. Klein in Berlin für Mai und Juni 1862 Auftrag zum Kauf und

---

Einkäufen oder sonstigen Handelsgeschäften von auswärts her und ohne Dazwischenkunft eines hier seßhaften Einwohners auf eigenen oder untergeschobenen fremden Namen zu übernehmen und zu besorgen, imgleichen mit Auswärtigen Handelsgeschäfts-Correspondenz zu führen oder andere als die gedruckten Courszettel und Waaren-Preis-Couranten auswärts zu verschicken, überhaupt alles, was irgend zu den Handelsgeschäften gerechnet wird, ist ihnen durchaus untersagt und allen ihren Gehülfen gleichfalls strenge verboten.

Wer von ihnen des Zuwiderhandelns gegen dieses Verbot überführt ist, wird beim ersten Contraventionsfalle mit Suspension, im Wiederholungsfalle aber mit Entlassung oder dem Befinden nach mit Cassation bestraft.

Ihre dagegen handelnden Gehülfen sollen sofort entlassen und der Befugniß, künftig Gehülfen zu sein, öffentlich, unter Hinzufügung der Ursache, für verlustig erklärt werden.

Die ihnen und ihren Gehülfen nach Obigem verbotenen Handelsgeschäfte sollen null und nichtig sein und für keinen der Contrahenten irgend ein Recht begründen.

Verkauf diverser Quantitäten Spiritus, Rüböl und Roggen. Das Ergebniß war eine namhafte Differenz zum Nachtheil Mohr's. Als W. Klein diese Differenz nebst Courtage und Provision beim Handelsgericht zu Bremen einklagte, erklärte Mohr, er erkenne die Rechnung des Klägers als richtig an, sei aber außer Stande zu bezahlen; er sei zwar Bremischer Waaren-Mäkler, wolle sich aber auf diesen Umstand zu seiner Vertheidigung in diesem Verfahren nicht berufen.

---

1) Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 22. September 1862.

In Erwägung:

daß der vorliegenden Klage kaufmännische Commissions-Geschäfte, also wahre Handelsgeschäfte, zu Grunde liegen, indem Kläger im Auftrage des Beklagten und für denselben bedeutende Quantitäten Spiritus, Rüböl und Roggen eingekauft und wieder verkauft hat, und jetzt den Beklagten wegen des bei diesen Geschäften sich ergebenden Verlusts, der Differenz, in Anspruch nimmt;

daß indessen gerichtskundig und unwidersprochen der Beklagte hiesiger, obrigkeitlich angestellter Waarenmäkler ist, und daher die für die hiesigen Waarenmäkler bestehenden gesetzlichen Bestimmungen auf ihn Anwendung finden; daß schon in der Mäkler-Ordnung vom 11. December 1795 sub 36, den hiesigen Mäklern neben den speciell angeführten Geschäften „überhaupt alles', was irgend einem Handelsgeschäfte gleicht, gänzlich untersagt ist", und schon hiernach mit Rücksicht auf

l. 5. C. de leg. et const. (1, 14.)

die Zulässigkeit der angestellten Klage großen Bedenken unterliegt, diese aber jedenfalls durch den § 40 der Waaren-Mäkler-Ordnung vom 29. December 1828 beseitigt sind, indem darin nicht bloß jenes Verbot wiederholt und noch genauer und bestimmter ausgedrückt, auch eine Strafandrohung (Suspension, Entlassung und selbst Cassation) hinzugefügt, sondern auch ausdrücklich ausgesprochen ist,

„daß die ihnen (den Waarenmäklern) verbotenen Handelsgeschäfte null und nichtig sein und für keinen der Contrahenten irgend ein Recht begründen sollen", so daß hier ein absolutes, die Nichtigkeit der verbotenen Geschäfte vorschreibendes Prohibitiv-Gesetz vorliegt, welches das Gericht hindert, so lange dieses Gesetz noch besteht, Klagen wie die gegenwärtige zuzulassen und darauf hin eine Verurtheilung gegen das verbietende Gesetz auszusprechen, selbst wenn ein desfallsiger Einwand nicht vorgeschützt ist, wie schon mehrfach vom Handelsgerichte anerkannt worden ist;

daß hiergegen auch der vorliegende Verzicht des Beklagten keine Berücksichtigung finden kann, da das gedachte Verbot dem öffentlichen Rechte angehört, und im öffentlichen Interesse, u. A. zur Erhaltung völliger Unpartheilichkeit und Integrität der Mäkler erlassen ist, nicht aber aus Rücksicht auf das persönliche Interesse der Mäkler, diese mithin durch einen Verzicht auf einen auch ihnen etwa aus dem Gesetze zustehenden Einwand das Gesetz nicht wirkungslos machen können, dasselbe vielmehr nach wie vor den Gerichten zur Richtschnur dienen muß;

daß hiernach also die Klage gegen den verklagten Waarenmäkler nicht zuzulassen ist, eine Mittheilung an dessen vorgesetzte Behörde zum Zweck der Einleitung des nach § 40 cit. etwa erforderlichen Verfahrens jedoch zu erfolgen hat:

erkennt das Handelsgericht für Recht: daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen und in die Kosten dieses Verfahrens zu verurtheilen, übrigens von Amtswegen eine Abschrift des gegenwärtigen Erkenntnisses der Behörde für das Mäklerwesen mitzutheilen sei.

---

2) Obergerichtliches Erkenntniß
vom 21. September 1863.

(Auf Appellation des Klägers.)

Dasselbe lautet bestätigend, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger und Appellant vermag freilich nicht zu bestreiten, daß in der Bremischen Mäklerordnung der Grundsatz ausgesprochen sei, auf welchen das Erkenntniß des Handelsgerichts, welches die Klage abweiset, gegründet worden, aber er glaubt, es dürfe das gedachte Gesetz aus folgenden Gründen nicht auf den vorliegenden Fall angewendet werden:

1) es handle sich nicht um ein in Bremen, sondern um ein auswärts abgeschlossenes Geschäft, dessen Erfüllungsort auswärts sei;

2) nach der ratio legis sei nicht anzunehmen, es habe der Mäkler verhindert werden sollen, auswärts Handelsgeschäfte zu treiben;

3) die Mäklerordnung von 1828 sei im Laufe der Zeit außer Gebrauch gekommen und daher nicht mehr anwendbar.

Was nun zunächst den ersten und zweiten Grund anlangt, so verfolgt die Bremische Mäklerordnung vom 29. December 1828 die nämliche Tendenz wie der

Code Napoléon, Art. 85,
Pr. Landrecht. § 1328,
Span. Gesetzbuch, Art. 99,
Niederl. H. G. Buch, Art. 98,

endlich das

D. H. Gesetzbuch Art. 69 sub 1, 2, 3,
Pr. Einf. Gesetz. §. 5.

Alle diese Gesetze wollen den Mäkler verhindern, Handelsgeschäfte zu treiben, und wenden dazu verschiedene Mittel an. In allen diesen Gesetzen wird kein Unterschied zwischen auswärtigen und inländischen Geschäften gemacht, und da der Handel eine kosmopolitische Natur hat und selbst durch die Grenzen des größten Reiches der Erde sich nicht einengen läßt, so war das auch wohl nicht möglich. Wenn aber es auch möglich sein sollte, dies in größeren Staaten zu übersehen, so läßt sich doch mit Sicherheit annehmen, in einem kleinen Staate, wie Bremen, sei eine solche Beschränkung undenkbar und einer totalen Wirkungslosigkeit des Gesetzes gleich, wenn der locus contractus oder der locus solutionis

außerhalb des Staatsgebiets den Mäkler straflos, das Geschäft gültig machen sollte. Im Uebrigen kann auf die vollkommen zutreffende Ausführung in den

> Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse des Handelsgerichts in Sachen Suermondt c. Mohr, vom 4. December 1862,

verwiesen werden.

Daß die Verordnung nicht außer Gebrauch gekommen, läßt sich nachweisen durch die dazu in den letzten 20 Jahren erlassenen Nachträge:

Nachtrag	vom	27. März	1843,
"	"	16. Febr.	1846,
"	"	2. April	1846,
Verordn.	"	8. Decbr.	1857,

welche den unumstößlichen Beweis liefern, daß der Inhalt der gedachten Verordnung fortwährend die Thätigkeit der Legislatur in Anspruch genommen hat, so wie denn auch vielfach dieselbe von den Gerichten zur Anwendung gebracht ist.

Vgl. die in dem Decret des H.-Gerichts vom 1. Juni 1863 in Sachen Kisker c. Mohr enthaltenen Allegate.

Im Uebrigen genügt, um die Beschwerden als unbegründet darzustellen, eine Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses.

---

3) Oberappellationsgerichtliches Erkenntniß vom 30. Januar 1865.

(Auf Appellation des Klägers.)

Dasselbe lautet bestätigend, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Entscheidungsgründe.

I. Wo die Mäkler eine besondere Classe obrigkeitlich für ihren Beruf angestellter und mit ausschließlicher Berechtigung versehener Personen bilden, da wird als natürliche Consequenz sich in der Regel auch die gesetzliche Bestimmung finden, daß den Mäklern das Betreiben von Handelsgeschäften auf eigene Rechnung, mindestens in dem Zweige des Han-

dels, in welchem sie als Vermittler thätig sind, untersagt sei. Wie die bedeutendsten früheren Handelsgesetzgebungen, z. B. die französische, niederländische, preußische, ein solches Verbot enthalten, so besteht dasselbe namentlich auch in den vier freien Städten schon seit langer Zeit.

Lübeck: Mäkler-O. vom 26. Juni 1822 Art. 12 und Kaufmanns-O. vom 18. Juni 1853 § 5.
Frankfurt: Waaren-Mäkler-O. vom 26. Nov. 1799 § 3.
Bremen: Mäkler-O. vom 4. Febr. 1750 § 23, rev. Mäkler-O. vom 11. Decbr. 1795 § 36. Schiffsmäkler-O. vom 2. Novbr. 1818 § 12.
Hamburg: Mäkler-O. vom 15. Decbr. 1824 § 26

In gleicher Weise ist das Verbot in das neue deutsche Handelsgesetzbuch Art. 69 übergegangen.

Dagegen muß die Bestimmung der Bremischen Mäklerordnung von 1828, daß ein wider das Verbot eingegangenes Handelsgeschäft null und nichtig sein und für keinen Contrahenten irgend ein Recht begründen soll, als eine höchst singuläre, zu schweren Vermögensverletzungen führende bezeichnet werden.

Den Satz des gemeinen Rechtes, daß verbotene Rechtsgeschäfte auch ohne specielle Androhung für nichtig zu halten seien, kann man da nicht anwenden, wo Verträge nicht aus objectiven Gründen, sondern lediglich aus Rücksicht auf Stand oder Amt eines Contrahenten untersagt sind, wo das Verbot nur einen disciplinarischen oder gewerbepolizeilichen Charakter hat; indem in solchem Falle der betreffende Contrahent nur seine, von den privatrechtlichen Bedingungen des Geschäfts ganz trennbaren öffentlichen Pflichten verletzt, wovon der Natur der Sache nach nur eine Bestrafung die Folge sein kann. Dieser Grundsatz, welcher ohne Zweifel in den Fällen, wo schon das Civilrecht den Handelsbetrieb lediglich aus Rücksicht auf die Würde eines Standes oder Amtes untersagt hat, Anwendung finden muß,

vergl. v. Wening Civilr. B. III. § 144.

ist vom O.-A.-Gericht in Bezug auf subjective Beschränkungen aus gewerbepolizeilichen Rücksichten schon bisher anerkannt

worden, und er hat in vollem Umfange auch in Art. 276 des deutschen Handelsgesetzbuches seinen Ausdruck gefunden.

Was speciell die Ausschließung der Mäkler vom Handelsbetriebe betrifft, so dürfte es schwerlich eine zweite Handelsgesetzgebung geben, welche gleich dem Bremischen Gesetz von 1828 die Nichtigkeit des einzelnen Handelsgeschäftes angeordnet hätte. Nur Bestrafung des betreffenden Mäklers wird gedroht im Code de commerce art. 87 f., im Preuß. Landr. Th. II. Tit. 8 § 1328, sowie in den angeführten Lübeckischen und Hamburgischen Verordnungen. Und wie man in Hamburg laut der vom Kläger angeführten Entscheidung des dortigen Handelsgerichts kein Bedenken getragen hat, das einzelne Geschäft für beiderseits verbindlich zu erklären, so scheint dies auch in Frankreich sowohl wie in Preußen ausgemacht zu sein, und wird von der Doctrin in Ermanglung besonderer Gesetzesvorschriften angenommen.

Vergl. Sirey les codes annotés, ad art. 85. cod. comm. not. 5.
Beseler deutsch. Privatr. III. § 218. Nr. IV.
Brinckmann Handelsr. § 121 Note 14 und 21.

Das deutsche Handelsgesetzbuch hat in Uebereinstimmung mit dem oben angeführten Art. 276 die Gültigkeit der Geschäfte in Art. 69 sub 1 ausdrücklich vorbehalten, und mit der Einführung desselben in Bremen (vergl. Einführungsgesetz vom 11. Mai 1864, § 12) ist dieser Vorbehalt für die Zukunft auch dort in Wirksamkeit getreten.

II. Die ganz singuläre Natur der fraglichen Bestimmung darf den Richter jedoch von ihrer Anwendung auf den einzelnen Fall nicht abhalten; und die Gründe, womit der Kläger die Entscheidung der vorigen Instanzen bekämpft hat, stellen sich sämmtlich als unhaltbar dar.

1) Der Kläger beruft sich zunächst darauf: bei Beurtheilung eines durch Vertrag entstandenen obligatorischen Verhältnisses kämen lediglich die Gesetze des verabredeten Erfüllungsortes zur Anwendung, und dieser sei hier unbestritten ein in Preußen gelegener Ort, so daß das vorliegende Vertragsverhältniß überhaupt nach der Preußischen und nicht

nach der Bremischen Gesetzgebung zu beurtheilen sei. Man wird nun allerdings anzuerkennen haben, daß Berlin nicht bloß für die vom Kläger im Auftrag des Beklagten abgeschlossenen Geschäfte, welche hier nicht in Frage stehen, sondern auch für das aus dem Mandat entsprungene Contractsverhältniß unter den Parteien selbst als vereinbarter Erfüllungsort anzusehen war. Allein der § 40 der Mäklerordnung hat, indem er den Mäklern sowohl den Handelsbetrieb im Allgemeinen, als auch alle einzelnen auf eigene Rechnung von ihnen einzugehenden Handelsgeschäfte bei Strafe verbietet, und überdies jedes derartige Geschäft für null und nichtig erklärt und beiden Contrahenten alle darauf zu gründenden Rechte abspricht, unverkennbar den Charakter eines absoluten Prohibitivgesetzes. Und daß die Gerichte desjenigen Staates, in welchem ein solches Prohibitivgesetz besteht, an dasselbe unbedingt bei jedem ihnen zur Entscheidung vorliegenden Falle, welchem örtlichen Rechte er auch sonst zu unterstellen sein möge, gebunden sind, darüber herrscht in der Doctrin von der sogenannten Statutencollision kaum eine Verschiedenheit der Meinungen; und auch das O.-A.-Gericht hat an diesem Grundsatze stets festgehalten. Die Bremischen Gerichte können sich daher der Anwendung des § 40 cit. in allen den Fällen, in welchen ein Geschäft von dem darin enthaltenen Verbot betroffen wird, nicht entziehen.

2) Der Kläger wendet ferner ein, der § 40 habe die Natur eines Strafgesetzes; ein solches finde aber der Regel nach nur Anwendung auf die in dem Staatsgebiet, in welchem das Gesetz publicirt worden, begangenen Handlungen, während ein Ausnahmsfall, wo ein Strafgesetz auch für auswärts begangene Handlungen gegeben werde, hier nicht vorliege.

Ginge die Vorschrift am Schluß des § 40 bloß dahin, daß der Mäkler aus einem verbotswidrig von ihm abgeschlossenen Handlungsgeschäft keine Rechte herleiten dürfe, dann würde dem hier erhobenen Einwande überhaupt keine selbstständige Bedeutung beizulegen sein. Denn welcher Theo-

rie man hinsichtlich der Frage, wieweit die Unterthanen eines Staates den daselbst erlassenen Strafgesetzen auch rücksichtlich ihrer auswärts vorgenommenen Handlungen unterworfen seien, im Allgemeinen folgen möge, so würde doch Alles darauf ankommen, in welchem Umfange der Gesetzgeber die Vorschrift des § 40 zur Geltung zu bringen beabsichtigt habe, da die Befugniß der Gesetzgebung, auch solche auswärtige Handlungen der Unterthanen, welche principmäßig nicht nach dem einheimischen Recht zu beurtheilen sein würden, einem einzelnen Strafverbot zu unterwerfen, keinem Zweifel unterliegen kann. Das Argument des Klägers würde daher mit dem sub 3 folgenden Einwand zusammenfallen.

Anders steht es jedoch, da die Nichtigkeit des Geschäftes zugleich jeden Mitcontrahenten eines Bremischen Mäklers treffen soll. Wäre hierin eine strafgesetzliche Bestimmung zu erkennen, so würde sie allerdings nur gegen diejenigen angewendet werden können, welche entweder vermöge der Publication des Gesetzes seiner Herrschaft unterworfen sind, oder sonst Kenntniß des Strafverbots erlangt haben. Und von dem Kläger, einem Ausländer, welcher die in Frage stehende Handlung nicht im Bremischen Staatsgebiet vorgenommen hat, steht es nicht nur nicht fest, daß er den § 40 der Mäkler-Ordnung gekannt habe, sondern es fehlt selbst an einer dahin gehenden Behauptung in den Acten. Allein der Charakter eines Strafgesetzes kann der Schlußbestimmung des § 40 nicht beigelegt werden. Zwar war die Absicht des Gesetzgebers unverkennbar die, dem Verbote des Handelsbetriebes der Mäkler durch die angeordnete gänzliche Nichtigkeit der dem Verbot zuwiderlaufenden Geschäfte größeren Nachdruck zu geben. Daß aber das Verbot selbst nicht bloß gegen die Mäkler, sondern zugleich gegen die mit ihnen contrahirenden Personen hätte gerichtet sein, auch die Handlungsweise der letzteren als eine straffällige aufgefaßt werden sollen, dafür fehlt es ebenso sehr an einem inneren Grunde, als an jedem Anhalt in der Fassung des Gesetzes, welches überall nur von einem den Mäklern ertheilten Verbote redet, und

ihnen allein im zweiten Absatz des Paragraphen eine Strafe droht. Man hielt diese Strafdrohung nicht für ausreichend, und wollte den Zweck, die Mäkler vom Handelsbetriebe fern zu halten, daneben durch ein zweites Mittel sicher stellen, durch die dem Privatrecht angehörige Vernichtung aller einzelnen verbotswidrigen Verträge.

Weiter hat der Kläger

3) geltend gemacht, das ganze Verbot des § 40 cit. beziehe sich nach dem wahren Sinn und Zweck der Vorschrift lediglich auf solche Handelsgeschäfte, welche von den Mäklern im Bremischen Staatsgebiet gemacht würden, und namentlich nicht auf die nach einem auswärtigen Ort hin ertheilten Commissionen.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Die Berufsthätigkeit der Mäkler und das damit verknüpfte ausschließliche Recht derselben beschränkt sich allerdings auf die Vermittlung der in Bremen abzuschließenden Geschäfte (§ 16 der M.-O.). Allein wenn das Verbot des eigenen Handelsbetriebes eine Garantie für die Unparteilichkeit der Mäkler geben sollte, wie dies allseitig und auch vom Kläger als Grund des Verbotes anerkannt wird, so ist es von selbst klar, daß bei diesem Verbote die Grenzen des Staatsgebietes keinen Unterschied machen konnten, der auswärtige Handelsbetrieb vielmehr ganz ebenso, wie der in Bremen selbst, als Störung oder Gefährdung der Unparteilichkeit angesehen werden mußte. Ob ein Mäkler im Bremischen Staatsgebiet oder in einem nahe gelegenen Hannoverschen Orte Handelsgeschäfte treibt, das bleibt sich in der Rückwirkung auf die Mäklerthätigkeit wesentlich gleich, und auch eine größere Entfernung des Ortes kann nach der Natur des Handels an sich daran nichts ändern, indem es ganz von den Umständen abhängt, in welchem Grade die an einem entlegeneren Orte von einem Mäkler gemachten Geschäfte auf die Ausübung seines Berufes in Bremen von Einfluß sein werden. Wollte das Gesetz eine wirksame Garantie der Unparteilichkeit geben, so mußte es nothwendig den Mäklern jeden Handelsbetrieb allgemein und

ohne alle örtliche Beschränkung verbieten. Dem entspricht auch die Fassung des Gesetzes völlig. Der das Verbot enthaltende erste Absatz des § 40 bezeichnet als Gegenstand des Verbotes das Treiben von Handelsgeschäften überhaupt, und das Eingehen einzelner Geschäfte auf eigene Rechnung in der allgemeinsten Weise, und ist durch Aufzählung einer Reihe von Beispielen und Zufügung der Schlußclausel: „überhaupt Alles, was irgend zu den Handelsgeschäften gerechnet wird," bestrebt, jede Mißdeutung über den ausgedehnten Umfang des Verbotes zu verhüten; wogegen von einer örtlichen Begrenzung desselben sich nicht die mindeste Andeutung findet. Die Fassung des ersten Absatzes muß aber um so mehr als eine wohlüberlegte vorausgesetzt werden, da sie sich als eine revidirte und verbesserte Redaction der bereits dasselbe Verbot enthaltenden Stellen der früheren Mäklerordnungen von 1750 und 1795 darstellt, wobei die in der Zwischenzeit gemachten Erfahrungen nicht unbenutzt bleiben konnten.

Der Kläger meint zwar: da im ersten Absatz des § 40 die Uebernahme von Commissionen zu Handelsgeschäften von auswärts her, nicht aber die Ertheilung von Aufträgen nach auswärts hin, ausdrücklich als unter dem Verbot begriffen genannt sei, so lasse sich daraus schließen, daß das Gesetz Aufträge zu auswärtigen Geschäften den Mäklern nicht habe verbieten wollen. Allein mit Unrecht. Das Verbot, Handelsgeschäfte für eigene Rechnung zu treiben, umfaßte nicht nothwendig den Fall mit, wenn ein Mäkler als Commissionair die Besorgung von Handelsgeschäften für Andere übernimmt. Der § 43 der Verordnung ergiebt denn auch, daß die Uebernahme kaufmännischer Commissionen den Mäklern nicht unbedingt untersagt werden sollte, sondern nur insofern, als der Auftrag entweder von Comtoir-Bedienten ohne Vorwissen ihrer Principale, oder von Fremden ausginge, welche in Bremen nicht handeln dürfen. Hätte man sich nun in § 40 darauf beschränkt, das Eingehen einzelner Geschäfte für eigene Rechnung zu verbieten, so konnte leicht gefolgert werden, daß die Uebernahme von Commissionen allge-

mein erlaubt sei. Um dieser Folgerung zu begegnen, und jeden Zweifel an der Uebereinstimmung mit § 43 zu beseitigen, hielt man es offenbar für zweckmäßig, den Hauptfall einer verbotenen Uebernahme von Commissionen, nämlich der von Fremden ausgehenden Aufträge, schon im § 40 ausdrücklich hervorzuheben. Daß nur dies, die Ausschließung eines durch Mäkler vermittelten Handelsbetriebes Fremder, den Anlaß zu der fraglichen Stelle in § 40 gegeben hat, wird namentlich durch den in Einklang mit § 43 aufgenommenen Zusatz „und ohne Dazwischenkunft eines hier seßhaften Einwohners“ außer Zweifel gesetzt. Dagegen war es von selbst klar, daß die Ertheilung von Commissionen zum Kaufen oder Verkaufen von Waaren, weil sie nichts anderes ist, als ein für Rechnung des Committenten gehendes Handelsgeschäft, unter das allgemeine Verbot des Handelsbetriebes für eigene Rechnung fiel, und es einer besonderen Erwähnung, daß den Mäklern auch die Ertheilung auswärtiger Commissionen untersagt sei, nicht erst bedurfte. Ueberdies bestätigt aber auch die unmittelbar darauf hinzugefügte Clausel, wonach den Mäklern verboten wird, „mit Auswärtigen Handelsgeschäfts-Correspondenz zu führen,“ daß die Schlußfolgerung des Klägers eine unbegründete ist, und das Gesetz das Betreiben von Handelsgeschäften auswärts so gut, wie in Bremen untersagen wollte.

Ebenso unhaltbar ist das Argument des Klägers, daß nach der ratio legis nicht angenommen werden könne, es habe einem Mäkler, welcher seinen Beruf nur für einen bestimmten Handelsartikel ausübe — wie denn der Beklagte nur Tabacks-Mäkler sei — das Betreiben auswärtiger Geschäfte auch in allen andern Handelszweigen verboten werden sollen. Wäre dies Argument richtig, so müßte der gleiche Unterschied auch für die in Bremen zu machenden Handelsgeschäfte gelten. Allein die Mäkler-Ordnung kennt nach § 16 keine auf bestimmte Handels-Artikel beschränkte Anstellung von Waaren-Mäklern, und hat auf den Umstand, daß ein Mäkler factisch seinen Beruf ausschließlich oder vorzugs-

weise für einen einzelnen Waaren-Artikel ausübt, nirgends Rücksicht genommen. Das Verbot des § 40 trifft daher alle Waaren-Mäkler, mögen sie für einen oder mehrere Handels-Artikel thätig sein, in gleicher Allgemeinheit.

4) Endlich hat der Kläger noch eingewendet, der § 40 der M.-O. sei längst veraltet und außer Gebrauch gekommen, es würden von allen, auch den tüchtigsten Bremischen Mäklern schon lange Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung betrieben.

Mag nun auch selbst ein Prohibitiv-Gesetz durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht beseitigt werden können, so fehlt es der Behauptung des Klägers doch an der nöthigen Substantiirung. Die Berufung einer Partei auf ein vom gemeinen Rechte oder von publicirten Rechtsquellen abweichendes Gewohnheitsrecht ist der Richter, wegen des sonst augenscheinlich davon zu befürchtenden Mißbrauches in der Proceßführung, nur dann zu berücksichtigen verbunden, wenn geeignete thatsächliche Angaben gemacht werden, woraus sich die Entstehung und Ausbildung des Gewohnheitsrechtes erkennen läßt; wie dies vom O.-A.-Gericht schon wiederholt, namentlich auch in Bremischen Sachen,

z. B. Hildebrandt c. Lohgerberamt, Septbr. 1853,
Leupold c. Köncke u. Consf., Septbr. 1860,
Stahl c. Wöltge Benefic.-Erben, Octbr. 1862,

ausgesprochen worden ist. Der Kläger hat aber nur ganz allgemein die Behauptung aufgestellt, es würden schon lange von allen Bremischen Mäklern Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung betrieben, und diese Geschäfte seien stets „mit dem Gefühl, daß sie gültig seien", von beiden Seiten ausgeführt worden. Er hat weder etwas Näheres über die Zeit angegeben, seit welcher dieser Gebrauch bestehen soll, noch einzelne Fälle desselben namhaft gemacht; auch läßt sich nicht einmal mit Bestimmtheit entnehmen, ob der fortgesetzten Vollziehung der Geschäfte mehr als das Gefühl einer moralischen Verbindlichkeit zu Grunde gelegen habe; noch weniger ist eine Erklärung gegeben worden, wie das Bewußtsein einer

wirklichen Rechtspflicht dem speciellen gesetzlichen, und den Mäklern durch ihren Diensteid eingeschärften Verbot gegenüber entstanden sein soll. Zu dem allen kommt noch hinzu, daß das Handelsgericht in seinem Erkenntniß vom 1. Juni 1863 in Sachen Kisker c. Mohr bezeugt hat, die Richtigkeit der von Mäklern eingegangenen Handelsgeschäfte sei in drei daselbst angeführten Entscheidungen desselben von 1851, 1857 und 1862 anerkannt worden; und ob diese Fälle gerade auswärtige Handelsgeschäfte betrafen, darauf kann schon darum kein Gewicht gelegt werden, weil ein speciell auf die Gültigkeit auswärtiger Geschäfte beschränktes Gewohnheitsrecht gar nicht behauptet ist.

III. Der Kläger hat sich zwar nicht in den zur Bekämpfung der vorigen Entscheidungen speciell aufgeführten Rechtsgründen, aber doch beiläufig im Eingange seiner beiden Appellationslibelle voriger und jetziger Instanz darauf berufen, der Beklagte habe dem klägerischen Anspruch gegenüber auf jeden Einwand, der ihm als Mäkler zustehe, verzichtet. Mit den vorigen Instanzen kann jedoch auch hierin ein Grund zur Aufrechthaltung der Klage nicht gefunden werden.

Ein Verzicht des Beklagten auf die gesetzliche Ungültigkeit der streitigen Geschäfte liegt allerdings vor; zwar nicht darin, daß er in dem Briefe (Klagbeilage 1) dem Kläger schrieb, er habe ihm den berechneten Saldo gutgeschrieben, wohl aber in der protocollarischen Erklärung auf die Klage: er wolle sich auf seine Eigenschaft als Bremischer Waarenmäkler zu seiner Vertheidigung in diesem Verfahren nicht berufen. Da es offenbar nicht zur Begründung der Klage gehörte, daß der Beklagte nicht Mäkler sei, so verzichtete der Beklagte durch jene Erklärung auf eine der Klage entgegenstehende Einrede. Dieser Verzicht würde vom Richter beachtet werden müssen, wenn die Vorschrift des § 40 lediglich auf einem privatrechtlichen Grunde beruhte, in dem Verzicht also die nachträgliche wirksame Uebernahme der streitigen Verpflichtung zu finden wäre. So steht die Sache hier aber nicht. Aus einem privatrechtlichen Grunde läßt sich die

Schlußbestimmung des § 40 in keiner Weise erklären. Die Absicht des Gesetzgebers konnte vielmehr, wie schon oben erwähnt, nur die sein, dem Verbote des Handelsbetriebes der Mäkler durch die angeordnete Nichtigkeit größeren Nachdruck zu verleihen, seine wirkliche Befolgung noch sicherer, als durch eine bloße Strafdrohung, zu erreichen. Ist nun das Verbot selbst, insofern es bezweckt, die Stellung und Berufsthätigkeit der Mäkler in voller Unparteilichkeit zu erhalten, unbezweifelt als ein im öffentlichen Interesse erlassenes anzusehen, so muß dasselbe nothwendig auch von der, lediglich zur Unterstützung des Verbots getroffenen Schlußbestimmung des § 40 gelten.

Sobald aber ein Rechtsgeschäft aus Gründen des öffentlichen Wohles gesetzlich für ungültig und zur Begründung eines Anspruches unfähig erklärt worden ist, so kann die auf den processualischen Regeln beruhende Scheidung der von der einen und andern Partei aufzustellenden Behauptungen, und die damit zusammenhängende Bedeutung versäumter oder ausdrücklich aufgegebener Vertheidigungsmomente nicht in Betracht kommen. Vielmehr muß der Richter, sobald die vom Gesetz vorausgesetzte Thatsache in irgend einer Weise zu actenmäßiger Gewißheit erhoben ist, für verpflichtet gehalten werden, die gesetzliche Folge auch von Amtswegen auszusprechen; ein Grundsatz, welchen das O.-A.-Gericht unter andern in einer Frankfurter Sache,

vergl. Samml. der Entscheid. d. O.-A.-Gerichts in Frankf. Rechtssachen, durch einen Verein von Juristen, Bd. 1, S. 110. f., 121.

wo die Einrede der lex commissoria beim Pfandvertrag und des Zinswuchers in Frage standen, in gleicher Weise zur Anwendung gebracht hat.

Die im vorliegenden Falle entscheidende Thatsache, die Eigenschaft des Beklagten als Waarenmäkler, ist aber nicht nur unter den Parteien unbestritten, sondern auch nach dem Zeugniß des Handelsgerichts als notorisch anzusehen.

7. Bremen.

Oskar Kisker zu Stettin, Kläger, wider **Gottfried Theodor Mohr** zu Bremen, Beklagten, Forderung betreffend.

Actio doli wegen Verleitung zu einem gesetzlich für nichtig erklärten Vertrag. Des dolus macht sich nicht bloß der schuldig, welcher seinem Mitcontrahenten die Thatsache verschweigt, worauf die Nichtigkeit beruht, sondern auch der, welcher die betreffende gesetzliche Bestimmung verschweigt, sofern er dieselbe den Umständen nach als dem Mitcontrahenten unbekannt voraussetzen muß, also namentlich, wenn die gesetzliche Bestimmung eine ganz singuläre und der Mitcontrahent ein entfernt wohnender Auswärtiger ist. — Ist die Klage begründet, so muß dem Kläger alles das vergütet werden, was er auf Anlaß des nichtigen Contractes vergeblich aufgewendet hat (z. B. auch durch gewerbsmäßige Bemühungen), oder entbehren mußte.

Die actio doli erfordert nicht gerade, daß eine Benachtheiligung des Klägers direct beabsichtigt sei; auch das wissentliche Versetzen in eine Gefahr, die demnächst zum wirklichen Schaden ausgeschlagen ist (dolus eventualis), genügt.

Wirkung des durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Vertrags. Hat der Stellvertreter von einem einflußreichen Umstande Kenntniß, so hat der Principal die Folgen davon ebenso zu tragen, als wenn er den Umstand selbst gekannt hatte. Der Principal ist aber deshalb noch nicht als ein wirklich Wissender anzusehen.

Der Rechtsfall unterscheidet sich vom vorigen wesentlich nur durch die eventuell angestellte actio doli, deren Begründung aus dem Erkenntniß dritter Instanz ersichtlich ist. Hervorzuheben ist nur, daß von den drei Commissionsgeschäften, welche den Gegenstand der Klage bilden, das erste (1861) durch einen in Bremen wohnenden Agenten des Klägers vermittelt worden war, während die beiden andern

(1862) direct durch briefliche Correspondenz unter den Parteien zu Stande kamen.

1) Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 1. Juni 1863.

Da der gegenwärtigen Klage im Wesentlichen die nämlichen Gründe entgegenstehen, wie der von Suermondt & Wagner zu Rotterdam gegen den jetzigen Beklagten, und daher die Verweisung auf die in jener Sache abgegebenen Entscheidungsgründe zum Erkenntnisse vom 4. Decbr. 1862*) zur Darlegung der Unzulässigkeit der Klage, sowohl aus den Commissionsgeschäften selbst, als wegen angeblichen dolus des Beklagten genügt, und hier nur noch erwähnt werden mag, daß das im öffentlichen und nicht im Privat-Interesse der Mäkler erlassene Verbot jedes eigentlichen Handelsbetriebs an die Mäkler keineswegs durch eine entgegenstehende Ge-

*) Dieses (in dritter Instanz vom Beklagten vorgelegte) Erkenntniß des Handelsgerichtes in Sachen Suermondt & Wagner c. Mohr begründete die Verwerfung der eventuell angestellten actio doli folgendermaßen. Es könne dahin gestellt bleiben, ob bei einem so bestimmten Gesetze, wie § 40 der M.-O., der eine Contrahent durch Berufen auf den dolus des Andern eben das erlangen könne, was er in Folge gesetzlicher Vorschrift aus dem Geschäfte selbst nicht erreichen könne, namentlich wenn es sich nicht um eine Bereicherung, sondern um einen Verlust des Andern handle. Denn aus sämmtlichen Anführungen der Kläger sei ein wirklicher dolus des Beklagten nicht zu entnehmen. Falsche Vorspiegelungen desselben behaupteten die Kläger nicht,

vergl. l. 1. 2. 3. C. si minor (2, 43),

sondern schlössen im Grunde nur von seiner Kenntniß des Gesetzes auf seine Kenntniß der Nichtigkeit des Geschäftes, behaupteten selbst aber noch fortwährend die Gültigkeit des Geschäfts. Beklagter könne aber so gut geirrt haben, wie die Kläger noch jetzt irrten, und würde überdies höchstens dann wirklich dolos gehandelt haben, wenn er seine Eigenschaft als Mäkler absichtlich verschwiegen, oder doch von vornherein die Absicht gehabt hätte, auf diese Eigenschaft und die Nichtigkeit sich zu berufen. Von Ersterem könne keine Rede sein, da die Kläger in Bremen einen Agenten gehabt hätten und die Mäkler-Eigenschaft des Beklagten notorisch gewesen sei; von Letzterem nicht, weil der Beklagte durch starke Abschlagszahlungen an die Kläger seine Absicht, die nichtigen Geschäfte dennoch zu erfüllen, genügend an den Tag gelegt habe

wohnheit in Wegfall gekommen ist, wie schon daraus hervorgeht, daß schon früher darauf hin die Nichtigkeit der von Mäklern oder ihren Gehülfen geschlossenen Handelsgeschäfte vom Handelsgerichte anerkannt worden ist,

cf. Entsch. d. H. G. v. 5. März 1851 i. S. Gehle c. Hagens,
Entsch. d. H. G. v. 27. Jan. 1857 i. S. Holle & Dohrmann c. Oetting.
Entsch. d. H. G. v. 6. März 1862 i. S. Gaedeke c. Baumann & Co.

wie das Handelsgericht auch in vielen anderen Fällen die sonstigen Verbote der Mäklerordnungen mit der angedrohten Nichtigkeit seinen Entscheidungen zu Grunde gelegt und auf die Unzulässigkeit eines solchem Verbote widerstreitenden Gebrauchs hingewiesen hat (es werden 5 Erkenntnisse des Handelsgerichts aus den Jahren 1848—1862 angeführt), hiernach also auch die Abweisung der gegenwärtigen Klage mit den Kosten erfolgen muß:

erkennt das Handelsgericht für Recht,

daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen und in die Kosten dieses Verfahrens zu verurtheilen sei.

---

2) Obergerichtliches Erkenntniß vom 7. December 1863.

(Auf Appellation des Klägers.)

In Betracht, daß, wie bereits vom Handelsgerichte hervorgehoben worden, in der vorliegenden Sache im Wesentlichen die nämlichen Grundsätze zur Anwendung kommen, welche das Handelsgericht in den Gründen zum Erkenntnisse vom 4. December 1862 in Sachen Suermondt & Wagner c. Mohr, bestätigt durch das Erkenntniß des Obergerichts vom 28. September 1863, entwickelt hat und daher hier auf jene Entscheidungsgründe, sowie auf dasjenige, was in den Gründen des angefochtenen Erkenntnisses hinzugefügt ist, Bezug genommen werden kann,

daß dem zufolge eine Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses erfolgen muß, erkennt das Obergericht hiedurch für Recht:

daß zwar die Formalien des wider das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 1. Juni 1863 eingewandten Rechtsmittels der Appellation für beachtet anzunehmen, in der Sache selbst aber das angefochtene Erkenntniß unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten der Appellationsinstanz lediglich zu bestätigen sei.

---

3) Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 30. Januar 1865.

(Auf Apellation des Klägers.)

Daß die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem die vom Kläger wegen Versäumung der Einführungsfrist erbetene Restitution ertheilt worden, für berichtigt anzunehmen, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 7. December 1863 zwar insoweit, als die erhobene Klage wegen des unter Nr. 1 der Klagcitation aufgeführten Geschäftes abgewiesen worden, zu bestätigen, im Uebrigen aber wieder aufzuheben, und der Beklagte die wegen der beiden Geschäfte unter Nr. 2 und 3 der Klagcitation geforderten Hauptsummen, zusammen im Betrage von Crt. ₰ 1356. 20 Sgr. 6 Pfg., nebst Zinsen zu 5 % von ₰ 735. 24 Sgr. 6 Pfg. seit dem 24. Juli 1862, von ₰ 620. 26 Sgr. seit dem 29. August 1862, an den Kläger zu bezahlen verbunden sei. Die Kosten aller drei Instanzen werden compensirt, und wird die Sache nunmehr an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

A. (Der erste, die principale Klage aus den Commissionsgeschäften betreffende Abschnitt stimmt im Wesentlichen mit den Entscheidungsgründen in der vorigen Sache überein.)

B. Die dritte Beschwerde voriger Instanz (grav. 1, 2 und 5 jetziger Instanz) ist gegen die Verwerfung der eventuell angestellten actio doli gerichtet; und diese Beschwerde mußte wenigstens theilweise für begründet erachtet werden.

1) Daß eine actio doli, darauf gestützt, daß der Beklagte arglistiger Weise den Kläger zur Eingehung eines nichtigen Geschäftes veranlaßt und ihn dadurch in Schaden gebracht habe, ungeachtet der Schlußbestimmung des § 40 der Mäklerordnung zulässig sei, konnte keinem Zweifel unterliegen. Denn der § 40 erklärt nur das verbotswidrig von einem Mäkler abgeschlossene Handelsgeschäft für null und nichtig, und spricht beiden Contrahenten jedes darauf zu gründende Recht, also jede aus dem Contract herzuleitende Klage ab. Die actio doli aber hat ihren Rechtsgrund gar nicht in dem abgeschlossenen Contract, sondern in der den Abschluß begleitenden Thatsache arglistiger Verleitung zum Contrahiren und dem allgemeinen Grundsatz des Civilrechts, daß ein zum Nachtheil eines Andern verübter Betrug zur Entschädigung verpflichte, und setzt, ihrer subsidiären Natur wegen, in einem Falle der vorliegenden Art eben die völlige Nichtigkeit des abgeschlossenen Contractes voraus. Es kann daher

2) nur darauf ankommen, ob die Klage genügend substantiirt sei.

In der Klage selbst ist angeführt: der Beklagte habe den Auftrag zu den hier fraglichen drei Geschäften unter Verschweigung seiner Stellung als Mäkler ertheilt, welche Stellung dem Kläger unbekannt gewesen sei. In der Replik heißt es: die actio doli sei begründet, wenn der eine Contrahent, nicht aber der andere, die Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäftes gewußt habe oder hätte wissen müssen, und so liege der Fall hier. In zweiter Instanz hebt der Kläger weiter hervor: sollte eine Nichtigkeit der fraglichen Geschäfte nach § 40 der Mäklerordnung vorliegen, so unterliege es keinem Zweifel, daß dem Beklagten diese gesetzliche Vorschrift bekannt gewesen sei. In jetziger Instanz endlich wird bei Wiederholung dieser Sätze darauf hingewiesen, daß Kläger den unbestrittenen Nachtheil von ca. 2000 ℳ aus den fraglichen Geschäften erlitten habe, und neben Anführung eines aus dem späteren Benehmen des Beklagten hergeleiteten Indiciums für widerrechtliches Bewußtsein, be-

merkt, der Beklagte habe die Mäklerordnung und den § 40 derselben gekannt, während Kläger von der Existenz eines derartigen Verbots keine Ahnung gehabt habe.

Daß nicht schon in erster Instanz hervorgehoben worden ist, worin der Schaden des Klägers bestehe, kann nicht als ein Mangel angesehen werden, da sich dies aus dem Inhalt der principalen Klage von selbst ergiebt. Auch die übrigen, eben zusammengestellten Behauptungen des Klägers waren unbedenklich zu berücksichtigen, da nach der Bremischen Gerichtsordnung die Klage in der Replik verbessert werden darf, die in den höheren Instanzen nachgetragenen Angaben aber sich nur als nähere Erläuterung des in der Klage und Replik Behaupteten darstellen.

Ständen nun

a) bloß direct zwischen den beiden Parteien verhandelte und abgeschlossene Geschäfte in Frage, so würde die Klage als ausreichend thatsächlich begründet zu erachten sein.

Verhielt es sich so, daß der Beklagte die Nichtigkeit der fraglichen Geschäfte im voraus kannte, der Kläger aber nicht, so kommt daneben in Betracht, daß der Beklagte bei dem Kläger als einem entfernt wohnenden Ausländer weder die Kenntniß seiner Mäklerstellung, noch die Bekanntschaft mit der Bestimmung im Schlußsatz des § 40 der Bremischen Mäklerordnung von 1828 voraussetzen, sondern im Gegentheil, sofern nicht besondere Umstände eine andere Meinung rechtfertigten, nur annehmen konnte, daß Beides dem Kläger unbekannt sein werde. Wenn nun der Beklagte in dem Bewußtsein, daß die eingeleiteten Geschäfte für den Kläger wenigstens in Bremen, als dem wahrscheinlichsten künftigen Ort der gerichtlichen Geltendmachung, kein Klagrecht erzeugen würden, dennoch die fraglichen Aufträge ertheilte, ohne von seiner Mäkler-Eigenschaft und der nach Bremischem Recht damit verknüpften Folge etwas zu sagen, so läßt dies keine andere Erklärung zu, als daß er dabei eben auf die Unkenntniß des Klägers über die Wirkungslosigkeit des ertheilten Auftrags r e c h n e t e, daß er in seinem Interesse

die nichtigen Geschäfte trotz der für den irrenden Kläger daraus entstehenden Nachtheile abschließen wollte. In dem Verschweigen der ihm bewußten Nichtigkeit lag hiernach die Benutzung eines mit Grund vorauszusetzenden klägerischen Irrthums, somit eine zur Entschädigung verpflichtende Arglist.

Daß der Beklagte nicht voraussehen konnte, ob die Geschäfte für ihn einen günstigen oder ungünstigen Ausgang nehmen würden, daß er deshalb nicht direct beabsichtigt haben wird, den Kläger in Schaden zu bringen, ja daß er vielleicht selbst den Willen gehabt haben mag, dem Kläger bei ungünstigem Ausgange die Differenz freiwillig zu vergüten, — wie denn die Zahlung eines Betrages im J. 1862 replicando zugestanden worden ist — das alles kann nicht in Betracht kommen. Denn der Beklagte wußte, daß der Ausgang ganz ebenso gut ein ungünstiger wie ein günstiger werden, der Kläger also sehr leicht in die Lage kommen könne, für ihn in Vorschuß zu treten, und sich dann der gerichtlichen Hülfe zur Wiedererlangung des Vorschusses beraubt zu sehen. Eben darin lag die Arglist, daß der Beklagte den Kläger wissentlich in diese demselben unbekannte Gefahr versetzte; und es unterliegt keinem Zweifel, daß die actio doli gerade auch für solche Fälle eines dolus eventualis gegeben wird, sobald die dem Arglistigen bewußte Gefahr demnächst zum wirklichen Schaden des Betrogenen ausgeschlagen ist, wie z. B. wenn Jemand durch seine Empfehlung einen Andern veranlaßt, einen in mißlichen Vermögens-Umständen stehenden Schuldner anzunehmen.

l. 8. D. h. t. (4. 3.)

Ebenso wenig kann mit dem Handelsgericht in dem Umstand, daß der Kläger im jetzigen Proceß die Gültigkeit der fraglichen Geschäfte zu vertheidigen gesucht hat, ein Gegengrund gegen die eventuelle actio doli gefunden werden. Dem Kläger konnte es in seiner Lage nicht verdacht werden, wenn er jede rechtliche Deduction versuchte, welche nach seiner Meinung möglicher Weise zur Anerkennung seines Anspruchs führen konnte. Daraus folgt aber in keiner Weise,

daß der Beklagte sich auf einen gleichen Rechtsirrthum berufen dürfte, oder, worauf es hier allein ankommt, daß er nicht im vollen Bewußtsein von der gesetzlichen Ungültigkeit der streitigen Geschäfte gehandelt haben könnte.

Zweifelhaft erscheint nur die Frage, ob es gerade auf den factischen Irrthum des Klägers über die Mäkler-Stellung des Beklagten ankomme, oder ob die Klage auch dann für begründet zu erachten sei, wenn der Kläger diese Eigenschaft des Beklagten gewußt haben, und nur durch seine Unbekanntschaft mit der Schlußbestimmung des § 10 der Brem. Mäkler-Ordnung zur Eingehung des Contractes verleitet worden sein sollte. Die letztere Auffassung mußte indessen als die richtige anerkannt werden. Wußte der Kläger, daß der Beklagte Mäkler sei, so mußte er mit Rücksicht auf das in seinem Lande geltende Preußische Recht und die bedeutendsten Handelsgesetzgebungen überhaupt sich allerdings sagen, daß der Beklagte wahrscheinlich durch Ertheilung des Auftrags ein für ihn bestehendes Verbot verletze; aber daraus folgt weder, daß der Kläger seinerseits durch Annahme des Auftrags etwas Unerlaubtes gethan habe, noch daß er an die Möglichkeit hätte denken müssen, es könne das Geschäft in Bremen zugleich für ungültig erklärt sein, und deshalb die Pflicht gehabt hätte, sich nach dem näheren Inhalte des Bremischen Rechts zu erkundigen. Bei einer gesetzlichen Bestimmung von so ganz singulärer Natur, wie die hier fragliche ist, erscheint es vielmehr als eine natürliche Folge der unter Contrahenten wechselseitig zu beobachtenden bona fides, daß es dem unter der Herrschaft eines solchen Gesetzes Stehenden obliegt, seinen auswärtigen Contrahenten auf den Inhalt des Gesetzes aufmerksam zu machen, wenn dasselbe von erheblichem Einflusse auf dessen Rechte und Pflichten ist; ein Grundsatz, für welchen sich das O.-A.-Gericht schon mehrfach ausgesprochen hat. Wenn daher der Beklagte dieser Obliegenheit nicht nachkam, und darin den Umständen nach, wie oben ausgeführt, eine absichtliche Verschweigung gefunden werden muß, welche den Kläger im Irrthum über die Gültigkeit des Ge-

schäftes erhielt, so stellt sich schon damit die actio doli als begründet dar, mochte der Beklagte seine Eigenschaft als Mäkler bei dem Kläger als bekannt voraussetzen oder nicht.

b) Neben der vorstehenden Ausführung muß aber weiter der von beiden Theilen übereinstimmend angegebene Umstand in Betracht gezogen werden, daß das erste der drei, den Gegenstand der Klage bildenden Geschäfte durch Backhaus, den Agenten des Klägers in Bremen, vermittelt worden ist, und nur die beiden folgenden brieflich direct unter den Parteien zu Stande gekommen sind. Bei einem Bremischen Agenten muß ebensowohl die Kenntniß von dem Mäkler-Stand des Beklagten, welche der Kläger auch replicando in Abrede zu stellen nicht versucht hat, als die Bekanntschaft mit dem § 40 der Mäkler-Ordnung ohne Weiteres vorausgesetzt werden. Und hiedurch wird in Betreff des unter Nr. 1 der Klagcitation aufgeführten Geschäftes — des im October 1861 und Mai 1862 vollzogenen Auftrags zum Ankauf und Verkauf von 150 Wispel Roggen, mit einem incl. Courtage und Provision auf 588 ℛ︁ 24 Sgr. 6 Pfg. berechneten Verlust — auch die eventuelle Klage unhaltbar, so daß insoweit das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen war. Denn wenn ein Vertrag durch einen Stellvertreter abgeschlossen wird, und dieser von einem einflußreichen Umstande Kenntniß hat, so muß der Principal, da er nur die durch den Stellvertreter begründete Obligation erwirbt, die nachtheiligen Folgen jener Kenntniß ganz ebenso tragen, als wenn er den Umstand selbst gekannt hätte, wie das O.-A.-Gericht schon in mehreren Fällen erkannt hat.

Vgl. Hamburgische Samml. der Erkenntnisse des O.-A.-Gerichts, Bd. 3. S. 67.

Samml. der Entscheid. des O.-A.-Gerichts in Frankf. Rechtssachen, durch einen Verein von Juristen. Bd. 2. S. 362.

Daß aber Backhaus das Geschäft für den Kläger nicht etwa bloß vorbereitet, sondern als Mandatar wirklich abgeschlossen hat, muß nach der Art, wie der Kläger sich über die ausdrücklich dahin gehende Behauptung des Beklagten sowohl

replicando, als in seiner Appellationsschrift zweiter Instanz p. 3 erklärt hat, als zugestanden erachtet werden.

c) Dagegen lag in dem eben besprochenen Sachverhalt kein Grund, um auch in Betreff der beiden andern Geschäfte — zweier im Mai und Juli 1862 vollzogenen Aufträge zum Verkauf und Ankauf von je 100 Wispel Roggen, mit einem incl. Courtage und Provision auf zusammen 1356 Thlr. 20 Sgr. 6 Pfg. berechneten Verlust — die actio doli für beseitigt zu erachten. Denn wie selbstverständlich der Rechtssatz, daß die Wissenschaft des Mandatars, welcher einen Vertrag abgeschlossen hat, in ihren nachtheiligen Folgen den Mandanten trifft, nicht dahin verstanden werden kann, als sei der Mandant als ein wirklich Wissender anzusehen, so läßt sich ebenso wenig eine Vermuthung darüber aufstellen, daß der Agent Backhaus bei Gelegenheit des von ihm vermittelten ersten Geschäftes den Kläger von der Mäkler-Eigenschaft des Beklagten und von dem Inhalt des § 40 der Mäkler-Ordnung in Kenntniß gesetzt haben werde. Und daß eine derartige Mittheilung durch Backhaus wirklich erfolgt sei, ist vom Beklagten selbst nicht behauptet worden. Endlich würde unter diesen Umständen auch die Annahme eine ungerechtfertigte sein, daß der Beklagte nach der durch Backhaus eingeleiteten Geschäftsverbindung nicht mehr auf eine Unkenntniß des Klägers in der fraglichen Beziehung habe rechnen können, und deshalb sein Schweigen über die Richtigkeit des Geschäfts als ein auf Arglist beruhendes nicht vorauszusetzen sei.

3) Für die hiernach begründete Klage wegen der beiden unter Nr. 2 und 3 der Klagcitation bezeichneten Geschäfte bedurfte es auch nicht erst noch eines Beweisverfahrens. Der Beklagte hat in der Vernehmlassung auf die Klage eingeräumt, daß er es unterlassen habe, von seiner Mäkler-Eigenschaft den Kläger zu benachrichtigen, indem er nur bestreitet, daß diese Unterlassung eine schuldvolle gewesen sei. Schon hieraus darf man folgern, daß der Beklagte dem Kläger noch weit weniger eine Mittheilung über den Schluß-

satz des § 40 der M.-O. gemacht habe, da eine solche Mittheilung nur durch jene andere hätte veranlaßt werden können; und jedenfalls ist aus den beiderseitigen Verhandlungen das unzweifelhafte Einverständniß der Parteien zu entnehmen, daß eine Mittheilung dieser Art nicht erfolgt sei, so daß es dahin gestellt bleiben kann, wer, wenn ein Streit über die Thatsache vorläge, von der Beweislast betroffen werden würde. Dem Beklagten mußte nun aber die Mäkler-Ordnung, auf deren genaue Befolgung er (nach § 26 derselben) bei seiner Anstellung beeidigt worden ist, und somit auch der Inhalt des § 40 derselben vollständig bekannt sein, und bei dem klaren Wortlaut der Vorschrift am Schluß dieses Paragraphen kann der Behauptung des Beklagten, er habe selbst nicht einmal gewußt, daß die von ihm abgeschlossenen Geschäfte nichtig seien, keine Berücksichtigung geschenkt werden. War es ihm somit wohlbewußt, daß er den Kläger zu einem ungültigen Geschäft veranlasse, so ist nach dem Obigen auch die Absichtlichkeit der Verschweigung dieses Umstandes als constatirt zu erachten, und damit stellt sich der Klaggrund als liquid dar.

Nun hat der Beklagte freilich behauptet, seine Eigenschaft als Mäkler sei dem Kläger bekannt gewesen, und hat dafür mehrere Indicien hervorgehoben. Allein die etwaige Kenntniß des Klägers von der Mäkler-Stellung des Beklagten ist, wie oben ausgeführt wurde, für sich allein nicht geeignet, die Klage zu zerstören. Und die Behauptung, daß der Kläger zugleich Kenntniß von der im § 40 der M.-O. angeordneten Nichtigkeit der mit einem Bremischen Mäkler eingegangenen Handelsgeschäfte gehabt habe, ist vom Beklagten nirgends aufgestellt worden. Es lag somit auch für einen Einrede-Beweis kein Stoff vor.

4) Die Verurtheilung des Beklagten war nicht bloß auf die in Folge seiner Aufträge vom Kläger baar ausgelegten Summen, sondern auch auf den Betrag der für die beiden fraglichen Geschäfte berechneten Courtage und Provision zu richten. Denn dem Kläger gebührt voller Ersatz des Schadens,

welcher ihm durch die Verleitung zu einem rechtlich wirkungslosen Contracte zugezogen worden ist, also Vergütung alles dessen, was er in Anlaß des nichtigen Contractes vergeblich aufgewendet hat oder entbehren mußte. Als Aufwendung dieser Art muß aber namentlich auch die Bemühung betrachtet werden, welche zur Vollziehung der Aufträge des Beklagten erforderlich war; und da der Beklagte die klägerische Rechnung über das Ergebniß der Commissionsgeschäfte ausdrücklich als richtig zugegeben hat, so muß angenommen werden, daß er die angesetzten Provisionsbeträge als eine angemessene Schätzung der betreffenden Bemühungen des Klägers anerkannt habe. Aus gleichem Grunde mußten dem Kläger auch die berechneten Zinsen seines Guthabens als Vergütung für die entbehrte Benutzung der von ihm aufgewendeten Geldbeträge zugesprochen werden.

Lübeck. 8.

Landgerichtsprocurator **Görtz**, als Curat. bonor. des insolventen **F. W. Bergmann** in Genin, Kläger, gegen **G. F. Bergmann** zu Lübeck, Beklagten, wegen Annullirung der Veräußerung eines Hauses.

In der Erfüllung eines Schenkungsversprechens, sofern dieselbe im Zustande und mit dem Bewußtsein der Insolvenz vorgenommen wird, liegt eine alienatio in fraudem creditorum, weil der Schuldner (Schenker) seinen Gläubigern gegenüber verpflichtet ist, gegen den Beschenkten sich des beneficium competentiae zu bedienen, und außerdem die für seine Schulden nothwendige Deckung zurückzuhalten.

Nach deutschen und insbesondere nach lübischem Recht überwiegt in der väterlichen Gewalt der Charakter einer natürlichen Vormundschaft, und bildet dieselbe deshalb kein Hinderniß für die Eingehung von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kindern.

Der Rechtsfall ist aus den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses zweiter Instanz zu ersehen.

Niedergerichts-Erkenntniß vom 5. Juli 1862.

Erwägend

daß durch beklagtisches Geständniß feststeht, daß Beklagter das libellirte sub Nr. 265 am Markt und Kohlmarkt hieselbst belegene Haus von seinem Vater, dem Cridar, durch Schenkung erworben hat, und daß letzterer dem ersteren dies Haus am 10. December 1861 am Obern-Stadt-Buch eigenthümlich hat zuschreiben lassen, darauf aber am 8. Januar 1862 seine Insolvenz erklärt hat;

daß, da somit gerade 28 Tage oder gerade 4 Wochen zwischen dem Tage der Eigenthums-Uebertragung und demjenigen der Concurserklärung dazwischen liegen, die analoge Anwendung der Vorschriften der

Art. 1, tit. 4, Lib 3. Statutor.
Art. 1, tit. 6, Lib. 3. Statutor.

im vorliegenden Falle ausgeschlossen, also die libellirte Veräußerung keineswegs ohne Weiteres für nichtig zu achten ist, wie dies der Fall sein würde, wenn sie innerhalb des Zeitraums von vier Wochen fiele,

cf. Mevius ad art 1, tit. 6, Lib. 3. St. Nr. 30—32.

daß, indeß nach den hier maaßgebenden, durch den Gemeinen Bescheid vom 9. Febr. 1803 ausdrücklich bestätigten Grundsätzen der actio Pauliana

cf. Mevius l. cit.
Bruhn. Sammlung von Entscheidungsgründen des Ob.-App.-Gerichts in Lüb. Rechtsf., Band 2, pg 26, 27 u. f.

ein dritter, wenn er aus einem lucrativen Erwerbsgrunde aus dem Vermögen des Schuldners Etwas erhalten hat, und zwar selbst, wenn er hiebei durchaus in bona fide versirte, mit der gedachten Klage ohne alle Zeitbeschränkung von den Gläubigern zur Rückerstattung des Empfangenen, soweit er dadurch bereichert ist, mit rechtlichem Erfolge angehalten werden kann.

Nec enim videtur injuria affici is, qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur.

cf. l. 6. § 11. D. quod in fraudem creditor. 42, 8.
Sintenis, Civilrecht 1861, Bd. 2. p. 736, Note 31.
Mühlenbruch, Pandecten, 3. Auflage, Bd. 1, § 174, sub 2.
Francke, über die Zulässigkeit der Actio Pauliana bei Zahlungen rc, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 16, Abth 6, insbesondere p. 127.

daß sonach, hingesehen auf die Erfordernisse der Actio Pauliana, für das Vorhandensein des animus fraudandi sive consilium fraudandorum creditorum auf Seiten des Cridars, zwar nach Allem, was in actis vorliegt, ein starker Verdacht sich ergiebt, indeß dennoch die erforderliche,

vergl. Entsch. des Ob.-App.-Gerichts in Hamburgischen Rechtssachen, Bd 2, pag. 711

aus den darzulegenden näheren Umständen des Falls zu eruirende juristische Gewißheit zur Zeit noch nicht vorliegt;

daß dem klägerischen Curator die desfallsige Beweisführung obliegt;

daß es hiebei lediglich auf den Zeitpunkt der Verlassung und Umschrift des libellirten Hauses ankommen kann, indem dies der Zeitpunkt der angefochtenen Veräußerung und der dadurch bedingten Vermögens-Verminderung ist, wohingegen der näher oder ferner zurückliegende Rechtsgrund der Veräußerung hiebei überall nicht weiter in Betracht kommen kann;

daß ebenmäßig dem Kläger seine eventuelle vom Beklagten geläugnete Behauptung: es liege hier eine große Schenkung vor, zum Beweise zu verstellen ist, indem die fortdauernde Gültigkeit der bezüglichen in concreto nicht beobachteten Form-Vorschriften des römischen Rechts bei uns außer Zweifel ist;

vgl. Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts in lüb. Rechtssachen, Bd. 2. pag. 465.
Sintenis, Civilrecht § 23 (Bd. 1, pag. 206);

daß als eine große Schenkung eine solche zu achten ist, deren Geldwerth mehr als 500 solid. beträgt, den solidus hiesiger constanter Praxis gemäß gleich 8 ℔ Crt. gerechnet;

vgl. Entscheidungsgründe zum N.-G.-Erk. vom 19. Januar 1856 in Sachen Dose c. v. Duhn,

daß dagegen der klägerischen Behauptung der aus der angeblichen Personen-Einheit zwischen Vater und Sohn entspringenden Ungültigkeit des Schenkungsversprechens nicht beizustimmen ist, indem dieser Satz des römischen Rechts der Praxis und Theorie unseres heutigen Rechts fremd ist;

vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht, Bd 2, S. 323,
Beseler, System des allgemeinen deutschen Privatrechtes, Bd. 2, S. 393,
Gerber, deutsches Privatrecht, S. 212,
Erkenntniß des Ob.-App.-Gerichts zu Cassel vom 26. Apr. 1857 in Strippelmann's Sammlung, Bd. 7, pag. 738,

erkennt für Recht:

Klägerischer Curator hat bei Vermeidung gesetzlichen Nachtheils, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, wie Recht zu erweisen:

entweder, daß der Cridar Friedrich Wilhelm Bergmann bei der eigenthümlichen Verlassung und Umschreibung des Hauses sub Nr. 265 am Markt und Kohlmarkt hieselbst die Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gehabt habe,

oder, daß und wie viel das libellirte Haus (abgesehen von den darin bestätigten Pfandgeldern) zur Zeit, als Cridar dasselbe dem Beklagten geschenkt hat, mehr werth gewesen sei, als Viertausend Mark Courant.

Obergerichts-Erkenntniß
vom 19. Februar 1863.

(Auf beiderseitige Appellation.)

Daß die Formalien der eingelegten Rechtsmittel beiderseits für gewahrt zu erachten; daß aber, Materialien anlangend, es bei dem Erkenntnisse des Niedergerichts vom 5. Juli 1862 nicht zu belassen, dasselbe vielmehr dahin zu ändern sei, daß der klägerische Curator schuldig sei zu beweisen:

entweder, daß der Cridar Friedrich Wilhelm Bergmann bei der eigenthümlichen Verlassung und Umschreibung

des Hauses sub Nr. 265 am Markt und Kohlmarkt an den Beklagten gewußt habe, daß er zahlungsunfähig sei;

oder, daß der Cridar Friedrich Wilhelm Bergmann das libellirte Haus dem Beklagten am 5. und resp. 10. December 1861, als den Tagen der Verlassung und Umschreibung, geschenkt habe, und daß und wie viel das libellirte Haus (nach Abzug der darin bestätigten Pfandgelder) zu dieser Zeit mehr werth gewesen sei, als viertausend Mark Courant;

worauf dem Beklagten, Gegenbeweis und beiden Theilen sonstige Rechtszuständnisse vorbehältlich, sowohl in der Hauptsache, wie der Kosten wegen weiter ergehen wird, was den Rechten gemäß.

Gründe.

Der Landgerichts-Procurator Görtz in Lübeck, als gerichtlich bestellter curator bonorum des insolventen Schullehrers Bergmann zu Genin, brachte vor dem Niedergerichte zu Lübeck am 1. Februar 1862 das Nachfolgende klagend vor:

Die Masse der vom Cridar contrahirten Schulden übersteige die Activa um mindestens die Hälfte, und diese materielle Insolvenz habe ein Jahr lang, mindestens ein halbes Jahr lang vor der am 8. Jan. 1862 erfolgten Insolvenzerklärung und Erkennung des Generalarrestes schon bestanden. Obwohl nun der Cridar diese seine Insolvenz kennen mußte und kannte, habe er doch sein am Markt und Kohlmarkt sub Nr. 265 belegenes und von seinem Sohne, dem Kaufmann Georg Friedrich Bergmann, Verklagten, seit längerer Zeit miethweise benutztes Wohnhaus diesem Letzteren am 10. December 1861, mithin 29 Tage vor Ausbruch des Concurses, eigenthümlich am Obern-Stadtbuche zuschreiben lassen, wie die sub B. anliegende Bescheinigung ergebe. Das Haus habe dem Vernehmen nach einen Werth von 16,000 ℔, und sei kaum bis zur Hälfte mit Pfandgeldern beschwert. Offenbar liege eine alienatio in fraudem creditorum vor, und zwar um so sicherer, als ein entsprechendes Kaufgeld

nicht gezahlt sei, sondern der Cridar diesen werthvollen Bestandtheil seines Vermögens titulo lucrativo weggegeben habe. Die Vermuthung, daß der Sohn, Verklagter, conscius fraudis gewesen, als er sich das Eigenthum zuschreiben ließ, liege nahe, und reservire sich Kläger in dieser Beziehung nähere Angaben und die Führung bezüglicher Beweise. Die Bitte geht dahin:

> Ein preißl. Gericht wolle für Recht sprechen, daß die von dem Cridar F. W. Bergmann am 10. December 1861 vorgenommene Uebertragung des Eigenthums an seinem Hause qu. auf seinen Sohn, den Verklagten, wieder aufzuheben und zu annulliren, auch Verklagter schuldig sei, das Haus cum fructibus perceptis et percipiendis an den klägerischen Güterpfleger kostenfrei abzutreten idque refusis expensis.

In seiner Vernehmlassung vom 22. Februar 1862 hat der Beklagte zugestanden, daß er das Haus qu. von seinem Vater, dem Cridar, durch Schenkung erworben habe, und daß es ihm am 10. December 1861 am Stadtbuche zugeschrieben sei; dagegen geleugnet, daß die Schenkung des Hauses mit der Verlassung und Zuschreibung desselben zusammenfalle, auch daß er zur Zeit der letzteren mit den Vermögensverhältnissen seines Vates hinlänglich bekannt gewesen sei. Vielmehr stellt er die Lage der Sache in folgender Weise dar. Sein Vater habe das Haus qu. nebst dem daneben belegenen im Jahre 1859 gekauft, und ihm, dem Beklagten, zur Etablirung eines eigenen Geschäfts geschenkt und überwiesen, dann auch den Bedürfnissen des Beklagten entsprechend auf seine, des Schenkers, Kosten umbauen lassen. Der Umbau sei im Herbste 1860 vollendet, und das Haus seitdem von ihm, dem Beklagten, bewohnt, aber keineswegs miethweise. Die Umschrift des Hauses sei, zum Theil mit Rücksicht auf die Kosten, von keiner Seite betrieben, und daher erst im December 1861 erfolgt, nachdem Beklagter das Haus schon länger als zwei Jahre schenkweise besessen, und seit mehr als einem Jahre bereits bewohnt und benutzt hatte. Uebri-

gens habe das Haus zur Zeit der Schenkung nur einen Verkaufswerth von etwa 12,000 ℔ gehabt, und sei nach dem Umbau nur auf die Summe von 13,900 ℔ amtlich taxirt, vorher aber schon bis zum Betrage von 8,500 ℔ mit Hypotheken belastet gewesen.

Während Beklagter hieraus die Grundlosigkeit der erhobenen Klage deducirt, indem zur Zeit der Schenkung weder das objective, noch das subjective Fundament der actio Pauliana vorhanden gewesen, die Zuschreibung aber nur Erfüllung einer formellen Verbindlichkeit sei, macht dagegen Kläger replicando folgende drei Momente geltend:

a) die Schenkung sei ungültig, weil der Beschenkte zu der von ihm angegebenen Zeit noch in der Gewalt seines Vaters, des Schenkers, gestanden habe.

b) Sie sei ungültig, weil sie das Maaß von 500 solidi übersteige, und nicht gerichtlich insinuirt worden.

c) Kläger hätte gegen die Geltendmachung des Schenkungsversprechens das beneficium competentiae geltend machen sollen, kraft dessen er auch seine Schulden vorher hätte abziehen können. Dazu sei er seinen Gläubigern gegenüber verpflichtet gewesen.

Daß er es zur Zeit seiner bereits eingetretenen materiellen Insolvenz nicht gethan habe, involvire eben die Beeinträchtigung jener und den animus fraudandi.

Nach eingelegter Duplik, in welcher eine Widerlegung der replicatorischen Deductionen versucht wird, erkannte das Niedergericht unter dem 5. Juli 1862. (Siehe das oben angeführte Urtheil.)

Gegen dieses Erkenntniß haben beide Theile die Appellation intra decendium eingewendet und rechtzeitig verfolgt.

Beklagter hat sich darüber beschwert:

1) daß wie geschehen erkannt, und nicht vielmehr dem Kläger auferlegt ist zu beweisen:

a) daß das fragliche, vom Verklagten seit Michaelis 1860 bewohnte Haus, bis Anfang December 1861 von dem=

selben nur miethweise benutzt, und erst am 5. resp. 10. December ihm vom Cridar geschenkt worden sei;

b) daß der Cridar bei dieser am 5. resp. 10. December 1861 vollzogenen Schenkung die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen, oder daß und um wie viel diese Schenkung den Werth von 4000 ₰ überstiegen habe;

2) eventualiter darüber, daß wie geschehen erkannt, und nicht vielmehr die erste Beweis-Alternative, in Uebereinstimmung mit der zweiten, dahin gefaßt ist, daß der Cridar zur Zeit, als er das fragliche Haus dem Verklagten schenkte, die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen.

Dagegen hat der Kläger sich darüber beschwert:

1) daß überall noch auf Beweis erkannt und nicht vielmehr Beklagter sofort in Gemäßheit der Klagbitte zur Rückgabe des streitigen Hauses cum expensis verurtheilt ist;

2) eventualiter, daß judicium a quo die erste Beweis-Alternative auf die Absicht des Cridars, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gerichtet, und nicht vielmehr den Beweis der Thatsache, daß der Cridar zur Zeit der Verlassung und der Um- und Zuschrift des Hauses auf den Verklagten überschuldet gewesen, für genügend erklärt hat;

3) eventualiter, daß in der zweiten Beweis-Alternative nicht, entsprechend der Fassung der ersten Alternative, statt

„zur Zeit, als der Cridar dasselbe dem Beklagten geschenkt hat,"

gesagt ist:

„zur Zeit, als der Cridar dasselbe dem Beklagten eigenthümlich übertragen hat."

Die Formalien bieten zu keiner Erinnerung Anlaß, und steht daher zur Frage, ob die erhobenen Beschwerden begründet zu erachten?

Bei Prüfung dieser Frage erscheint es zweckmäßig zu beginnen mit

I. den Beschwerden des Klägers.

1) Seine erste Beschwerde, dahin gehend, daß überhaupt noch auf Beweis erkannt und nicht vielmehr der Beklagte

sofort gemäß der Klagbitte zur Rückgabe des streitigen Hauses verurtheilt sei, will Kläger damit rechtfertigen, daß aus den Acten hervorgehe,

a) daß zur Zeit der Schenkung des Hauses zwischen dem Cridar und seinem Sohne, dem Beklagten, die aus der väterlichen Gewalt folgende Personen-Einheit bestand;

b) daß zu derselben Zeit das Haus eingestandenermaaßen auf 13,900 ℔ geschätzt sei, und folglich, selbst nach Abzug der Pfandgelder im Betrage von 8,500 ℔, das Maaß einer erlaubten Schenkung überschritten habe.

Es ist indessen

ad a) zu bemerken, daß von Seiten des Beklagten keineswegs zugegeben ist, daß er sich noch in väterlicher Gewalt befunden habe, als ihm, nach seiner Erzählung, das Haus von seinem Vater zur Etablirung eines Ladens geschenkt wurde. Vielmehr läßt die Darstellung des Beklagten durchaus die zwiefache Möglichkeit offen, daß derselbe schon früher aus der väterlichen Gewalt herausgetreten sei, oder daß die Entlassung gerade in dem fraglichen Acte gelegen habe, und die Schenkung als das subsidium paternum zur Begründung der separata oeconomia betrachtet werden müsse.

Von sofortiger Entscheidung zu Gunsten des Klägers konnte daher keine Rede sein. Es steht aber auch nicht mehr zur Frage, ob dem Kläger hätte der Beweis auferlegt werden sollen, daß, wie er behauptet hat, die väterliche Gewalt bestand, als die Schenkung geschah. Denn da keine Parthei sich darüber beschwert hat, daß diese Beweisauflage unterblieben ist: so würde es dabei selbst dann sein Bewenden behalten müssen, wenn man dem judicium a quo nicht darin beistimmen dürfte, daß die im Römischen Rechte als Ausfluß der väterlichen Gewalt anerkannte sogenannte Personen-Einheit im heutigen Rechte mit ihren äußersten Consequenzen keine Gültigkeit habe.

Es ist ferner

ad b) zu erinnern, daß zwar der Beklagte wohl angegeben hat, wie hoch das Haus qu. amtlich taxirt sei; daß aber

diese Taxation, welche lediglich den baulichen Werth desselben zur Bemessung der Brandassecuranz darstellen soll, kein entscheidendes Gewicht hat, wo es sich, wie bei der gegenwärtigen Frage, um den wirklichen Verkaufswerth handelt. Dieser Werth steht somit keineswegs fest, weshalb eine Beweisauflage nothwendig war.

Aber auch in sofern ist die Beschwerde unbegründet, als, wenn auch feststünde, daß das Maaß der erlaubten Schenkungen wirklich überschritten sei, hieraus nicht folgen würde, daß Beklagter zur Rückgabe des Hauses qu. hätte verurtheilt werden müssen. Vielmehr würde die Bestimmung anzuwenden sein: hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quae intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare,

L. 34, pr. C. d. donat. 8. 54.

und das Verhältniß würde nach Maaßgabe der L. 34, § 2, C. h t, zu regeln sein.

Die erste Beschwerde des Klägers ist daher als unbegründet zu verwerfen.

2) Eventuell hat Kläger sich darüber beschwert, daß die erste Beweis-Alternative auf die Absicht des Cridars: seine Gläubiger zu benachtheiligen, gerichtet sei. Er verlangt statt dessen, daß der Beweis lediglich auf die Thatsache der Ueberschuldung zur Zeit der Verlassung und Um- und Zuschrift des Hauses gestellt werde.

In sofern hier ein bestimmter Zeitpunkt und Rechtsact als der entscheidende bezeichnet wird, muß die Prüfung dieser Beschwerde bis zu einer später folgenden Untersuchung ausgesetzt bleiben.

Wenn nun aber zur Begründung der vom Kläger erhobenen actio Pauliana unzweifelhaft der animus fraudandi des Cridars gehört, so kann es nicht genügen, die bloße Thatsache der Ueberschuldung zur Zeit der angefochtenen Veräußerung nachzuweisen; denn diese ist, wie Beklagter richtig bemerkt, zwar ein Indicium, aber keineswegs ein Beweis des

dolus. Andererseits aber ist es nicht angemessen, wenn das Beweisthema unmittelbar auf das Factum der Absicht gefaßt wird, da diese nur als eine Folgerung aus andern Thatsachen vom Kläger behauptet ist, und der Regel nach auch nur auf diesem Wege wird bewiesen werden können. Richtiger ist es vielmehr, den Beweis zu stellen auf die wirklich behaupteten Thatsachen, sofern der daraus gezogene Schluß anerkannt werden kann. Im vorliegenden Falle ist nun in der Klagschrift (p. 2) die Behauptung aufgestellt, daß der Cridar „seine Insolvenz kannte," als er seinem Sohne das Haus zuschreiben ließ, ohne ein Aequivalent dafür zu erhalten. Ist diese Thatsache wahr, so muß nach den Quellen gesagt werden: intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse."

L. 17. § 1 D. quae in fraudem cred. 42. 8.

und daher wird dem Kläger der Beweis genau seiner Behauptung entsprechend aufzuerlegen sein.

Zwar würde die Actio Pauliana auch dann begründet sein, wenn die Insolvenz erst durch die in Rede stehende Veräußerung selber bewirkt worden wäre. Allein da dieses vom Kläger nicht behauptet, vielmehr die Insolvenz als eine längst vorher bestandene dargestellt worden ist, mithin nur hierüber eine Verhandlung stattgefunden hat: so konnte bei der Beweisauflage jene andere Möglichkeit nicht berücksichtigt werden.

3) In seiner dritten eventuellen Beschwerde will Kläger es als unzulässig darthun, daß in der zweiten Beweis-Alternative, abweichend von der ersten, die Zeit, in welcher der Cridar dem Beklagten das Haus geschenkt hat, als die entscheidende bezeichnet ist. Er verlangt, daß auch hier nur auf den Moment der Zuschreibung Bezug genommen werde.

Die Frage nun, auf welchen Moment es für die rechtliche Beurtheilung ankommt, wird, wie schon vorhin bemerkt wurde, geeigneter in einem andern Zusammenhange erwogen, und bleibt daher die Prüfung dieser Beschwerde bis dahin ausgesetzt.

II. Die Beschwerden des Beklagten.

Die erste Beschwerde ruht auf der Anschauung, welche Beklagter im Schriftenwechsel geltend zu machen suchte, daß die angefochtene Schenkung gar nicht in dem Acte der am 10. December 1861 stattgefundenen Um- und Zuschreibung liege, sondern in der schon 1859 stattgefundenen Ueberweisung des Hauses an ihn seitens seines Vaters und in dem dann auf Kosten seines Vaters ausgeführten Umbau. Beklagter will daher, daß Kläger vor Allem beweisen müsse, daß die Schenkung wirklich am 10. December 1861 bei der Umschreibung stattgefunden. Erst wenn dies erwiesen sei, könne es in Betracht kommen, ob zu dieser Zeit die Absicht des Cridars bestanden habe, seine Gläubiger zu beeinträchtigen, oder ob der Werth des Hauses zu dieser Zeit das Maaß erlaubter Schenkungen überstiegen habe. Dem entsprechend verlangt Beklagter das Beweisthema gefaßt zu sehen und, daß es anders gefaßt worden, bietet ihm Anlaß zur Beschwerde.

Es ist vor Allem dem Beklagten darin Recht zu geben, daß Kläger nicht befugt ist, das qualificirte Geständniß des Ersteren anders zu deuten, als es gemeint ist. Wenn Beklagter angiebt, daß ihm das Haus qu. von seinem Vater im Jahre 1859 geschenkt sei, so lassen sich die hierin liegenden zwei Momente des Factums und seiner Zeit nicht in der Weise trennen, daß man die Thatsache der Schenkung als absolut zugestanden annehmen, und sie nun nach Willkühr in einen beliebigen andern Zeitpunkt verlegen könnte: denn in der That ist ein zu anderer Zeit geschehenes Factum auch in concreto ein anderes. Im gegenwärtigen Falle nun aber handelt es sich zwischen den Partheien gar nicht einmal bloß um Abweichungen hinsichtlich der Zeit, sondern um Rechtsgeschäfte ganz verschiedener Art, welche möglicherweise beide das innere Element der Schenkung in sich tragen können.

Es ist nun zu untersuchen, in wiefern diese Abweichungen von Relevanz und daher zu berücksichtigen sind. Hiebei aber muß davon ausgegangen werden, daß es sich um zwei verschiedene Anfechtungsgründe handelt, von denen zwar nur

der eine in der Klage, der andere ausdrücklich erst in der Replik geltend gemacht worden ist, welche wir indeß beide der Kürze wegen mit dem Namen der entsprechenden Klagen bezeichnen wollen.

a) Was nun zuerst die actio Pauliana betrifft, so würde sich, wenn von den Angaben des Beklagten ausgegangen wird, die Sache folgendermaaßen stellen.

Wenn der Cridar im Jahre 1859 dem Beklagten das Haus qu. „geschenkt und überwiesen" hat, so ist dadurch bis zu geschehener Umschreibung das Eigenthum noch nicht übertragen. Der Vorgang konnte vielmehr nur ein Forderungsrecht auf förmliche Uebereignung begründen. Ward aber ein Forderungsrecht begründet, so konnte Beklagter als Creditor seines Vaters auf Vollziehung der Umschreibung rechtlich dringen, und diese selbst war nicht mehr Schenkung, sondern Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Da nun aber die Prästation von Leistungen, zu denen man rechtlich gezwungen werden könnte, selbst bei materieller Insolvenz bis zur formellen Eröffnung des Concurses erlaubt und unanfechtbar ist;

L. 6 § 6. 7. D. quae in fraudem 42. 8.

so scheint sich hieraus zu ergeben, daß, die Richtigkeit der beklagtischen Darstellung vorausgesetzt, die actio Pauliana unbegründet sein würde.

Allein bei näherer Betrachtung stellt sich die Sache anders. Denn bekannten Rechten gemäß kann der Beschenkte nicht zu vollständiger Erfüllung eines Schenkungsversprechens gezwungen werden, sofern er materiell insolvent ist, oder dadurch werden und selber in Noth gerathen würde: er hat nicht nur das beneficium competentiae, sondern darf außerdem die für seine Schulden nothwendige Deckung zurückbehalten.

L. 19. § 1. L. 49. L. 50. D. d. re judicata 42. 1.
L. 54. D. soluto matrimonio 24. 3.

Wenn nun ein überschuldeter Schenker das Schenkungsversprechen vollständig erfüllt, ohne jene ihm rechtlich zuste-

hende Einrede geltend zu machen, so ist dieser Fall nicht unter den oben angedeuteten Gesichtspunkt rechtlicher Nothwendigkeit zu stellen, sondern es liegt hier eine Minderung des Vermögens in Folge unterlassener rechtlicher Vertheidigung vor, welche, wenn sie fraudationis causa geschehen ist, durch die actio Pauliana angefochten werden kann.

L. 3. § 1. 2. L. 4. L. 5. D. quae in fraudem 42. 8

Es ergiebt sich hieraus, daß die Darstellung des Beklagten schließlich von keiner Relevanz ist; denn wäre auch das Schenkungsversprechen selbst nicht anfechtbar, so würde es doch die Erfüllung sein. Macht es nun aber keinen rechtlichen Unterschied in den Folgen, ob, wie Kläger behauptet, die Schenkung nur in der Um- und Zuschreibung gelegen, oder ob, wie Beklagter angiebt, das Schenkungsversprechen vorausgegangen war: so darf dem Kläger ein Beweis jener seiner speciellen Behauptung nicht noch auferlegt werden.

Vielmehr ist der Beweis allein darauf zu richten, daß der Cridar zur Zeit der Um- und Zuschreibung den animus fraudandi (in Gemäßheit der oben festgestellten Fassung) gehabt habe; und hiedurch erledigt sich nicht nur theilweise die erste, sondern, was hier im Voraus bemerkt werden mag, auch die zweite Beschwerde des Beklagten.

Es ist überdies noch zu erwähnen, daß nicht die Rede davon sein kann, dem Kläger auch den Beweis aufzubürden, daß Beklagter conscius fraudis gewesen sei. Denn einestheils hat Beklagter zugegeben, daß sein Erwerb ein lucrativer gewesen, weshalb auf sein Wissen oder Nichtwissen Nichts ankommt;

L. 6. § 11. D. quae in fraudem 42. 8.

anderntheils hat Beklagter sich auch darüber nicht beschwert, daß dem Kläger dieser Beweis nicht auferlegt worden.

b) Zur Begründung der eventuell geltend gemachten condictio genügt der Nachweis, daß die Schenkung das erlaubte Maaß überstiegen habe: dagegen ist bekanntlich der Nachweis eines animus fraudandi hier gänzlich überflüssig. Es macht nun aber einen thatsächlichen Unterschied, ob die Zeit der

von dem Beklagten behaupteten Zusage und Tradition, oder der Moment der Um- und Zuschrift der Schätzung zu Grunde gelegt wird.

Es ist daher festzustellen, ob in jenem, oder in diesem Acte die Schenkung gelegen war: denn im ersteren Falle würden die Kosten des Umbau's, weil ihre Bestreitung ein für sich stehender, späterer Act ist, nicht zum Verkaufswerthe des geschenkten Hauses hinzugerechnet werden dürfen; im zweiten Falle dagegen würden die aufgewendeten Kosten schon im Objecte gesteckt haben, als es geschenkt wurde und daher möglicherweise seinen Werth erheblich steigern.

An und für sich könnte nun die Schenkung sowohl in dem einen wie in dem andern Acte liegen. Wäre, wie Beklagter behauptet, eine Zusage, und Besitzübertragung der Umschreibung vorausgegangen und letztere in Folge ersterer geschehen, folglich Erfüllung einer Verbindlichkeit gewesen, so läge die Schenkung in jener Zusage, und diese hätte zur vollen Gültigkeit insinuirt werden müssen, wenn damals der wahre Werth des Eigenthums am Hause die Summe von 4000 ℔ Court. überstiegen hätte; dagegen wäre eine Insinuation der Erfüllung nicht nothwendig gewesen.

Wenn umgekehrt eine acceptirte Zusage nicht vorausgegangen wäre, so würde die Schenkung in der datio selber, d. h. in der förmlichen Uebertragung des Eigenthums liegen, und es würde, wenn zur Zeit dieses Acts der reine Werth das erlaubte Maaß überstieg, die Um- und Zuschreibung nicht genügt haben, sondern es hätte die gerichtliche Insinuation der causa dominii transferendi hinzukommen müssen, damit jene unanfechtbar wäre.

Es ist daher jedenfalls unzulässig, das Beweisthema so zu fassen, wie es vom judicium a quo in der zweiten Alternative geschehen. Denn bevor es zu einem Nachweise über den Werth der Schenkung kommen kann, muß vorerst fest stehen, in welchem Acte dieselbe bestand. Hiebei aber ist selbstverständlich zunächst die Behauptung des Klägers für die Beweisauflage leitend. Da nun diese dahin geht, daß

in der Umschreibung selber die Schenkung gelegen, bis dahin nur ein Miethverhältniß bestanden habe: so wird ihm auch diese, vom Beklagten bestrittene Thatsache zum Beweise verstellt, und erst hieran der Beweis über den damaligen Werth des Hauses — selbstverständlich nach Abzug der darauf ruhenden Pfandlasten — gereiht werden müssen.

In sofern ist also die erste Beschwerde des Beklagten begründet und es könnte nur noch die Frage entstehen, ob es angemessen sei, in den dem Kläger aufzuerlegenden Beweis auch die Thatsache des Bestehens des Miethverhältnisses bis zur Umschreibung, wie es Beklagter verlangt, aufzunehmen. Wenn nun auch der Kläger in seiner Geschichtserzählung dieses Factum erwähnt, und allerdings aus ihm die Thatsache, daß die Schenkung erst zur Zeit der Umschreibung, und nicht früher stattfand, zum Theil mit deducirt werden könnte, so darf sie doch deshalb im Beweisthema nicht erwähnt werden, weil sie an und für sich irrelevant ist, einen sichern Schluß auf das zu beweisende Factum keineswegs begründet, und es daher dem Probanten lediglich überlassen bleiben muß, auf welchem Wege er die zu beweisende Thatsache zur Gewißheit bringen will.

Durch vorstehende Ausführung nun erledigt sich zugleich die dritte eventuelle Beschwerde des Klägers, deren Prüfung oben ausgesetzt werden mußte. Dieselbe ist nämlich insofern begründet, als sie gegen die zu allgemeine Fassung der zweiten Beweis-Alternative auf die Zeit der „Schenkung" gerichtet ist.

Dagegen kann

2) die zweite Beschwerde des Beklagten für begründet nicht erachtet werden, indem derselbe hier eventuell verlangt, daß der ersten Beweis-Alternative diejenige unbestimmte Fassung gegeben werden solle, welche vorhin an der zweiten getadelt werden mußte, und bedarf es hierüber keiner weiteren Ausführung.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß
vom 30. Januar 1865.

Daß zwar die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Lübeck vom 19. Februar 1863, wie hiemit geschieht, unter Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Entscheidungsgründe.

I. Der Kläger hat als gravamen unicum in gegenwärtiger Instanz die Beschwerde aufgestellt, daß nicht Beklagter sofort zur Rückgabe des streitigen Hauses cum expensis verurtheilt worden. Er gründet dieselbe

A. darauf, daß, wenn — wie Beklagter dies behaupte — die Schenkung schon im Jahre 1859 Statt gefunden, dieselbe, im Hinblicke auf die damals noch vorhanden gewesene Personen-Einheit zwischen dem schenkenden Vater und dem beschenkten Sohne, für nichtig erklärt werden müsse. Allein diese versuchte Begründung des Antrags auf sofortige Verurtheilung des Beklagten muß schon aus formellen Gründen unberücksichtigt bleiben. Die Klage ist überall nicht auf das Vorliegen einer wegen Personen-Einheit ungültigen Schenkung, sondern lediglich, als actio Pauliana, darauf gegründet, daß in der am 5./10. December 1861 erfolgten schenkweisen Uebertragung des Hauses abseiten des Cridars auf den Beklagten eine alienatio in fraudem creditorum liege. Hiergegen excipirte Beklagter unter andern, daß die Schenkung des Hauses nicht erst durch die Verlassung und Umschreibung vom December 1861, sondern schon im Herbste 1859, zu einer Zeit, wo der Cridar noch vollkommen solvent gewesen, erfolgt sei; und nunmehr erst berief sich Kläger in der Replik darauf, daß, „angenommen, aber nicht zugestanden, es sei die vom Beklagten gelieferte Erzählung von der Erwerbung des Hauses der Wahrheit conform", dem angeblichen Schenkungsvertrage das „Bedenken" entgegenstehen

würde, daß zur fraglichen Zeit, wegen damals noch vorhandener Personen-Einheit, eine Schenkung rechtlich nicht möglich gewesen sei. Es ist klar, daß es hierbei überall nicht die Absicht war (was ja auch processualisch unstatthaft gewesen sein würde), ein neues Klagfundament aufzustellen, sondern daß es sich nur darum handelte, den Einwand des Beklagten, wonach die Verlassung und Umschreibung des Hauses im December 1861 nur der Schlußact der Erfüllung eines bereits im Herbste 1859 geschlossenen Schenkungsvertrages gewesen sein soll, durch die replikarische Behauptung, daß zu dieser letzteren Zeit ein gültiger Schenkungsvertrag zwischen den beiden contrahirenden Personen nicht habe abgeschlossen werden können, zu entkräften. Nur also, wenn jener frühere Zeitpunkt von den vorigen Richtern für die actio Pauliana als maaßgebend zu Grunde gelegt wäre, könnte der Kläger sich beschweren, daß die fragliche replikarische Behauptung unberücksichtigt geblieben sei, nicht aber jetzt, wo die Zeit der eigenthümlichen Verlassung und Umschreibung als die allein entscheidende behandelt ist.

B. Der zweite Grund, weshalb Kläger eine sofortige Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte beanspruchen zu können glaubt, ist das von ihm behauptete Vorliegen einer nicht insinuirten großen Schenkung.

In der Klage war zwar angegeben, daß das geschenkte Haus dem Vernehmen nach einen Werth von über 16,000 ℔ habe, jedoch nur um den animus fraudandorum creditorum glaubhaft zu machen, in keiner Weise um daraus das Erforderniß einer gerichtlichen Insinuation herzuleiten, und wegen des Mangels einer solchen die Schenkung ganz oder theilweise anzufechten. Erst in der Replik wurde dies Moment mit dem Bemerken hervorgehoben, daß Kläger sich mit einer Rescission der Schenkung bis auf 4000 ℔ keineswegs zufrieden geben könne, vielmehr nach wie vor wegen vorliegender alienatio in fraudem creditorum die ganze Schenkung anfechte. Hiernach läßt sich bezweifeln, ob überhaupt die Klage auf den Mangel gerichtlicher Insinuation einer vorlie-

genden großen Schenkung gegründet werden sollte, resp. ob, wenn dies die Absicht war, darin nicht eine unstatthafte Klagänderung gefunden werden mußte. Die beiden vorigen Gerichte haben indeß den Kläger mit seiner Berufung auf den Mangel gerichtlicher Insinuation der Schenkung als einem selbstständigen, zur theilweisen Rescission der Schenkung führenden Grunde zugelassen. Vom Obergerichte insbesondere ist darin geradezu eine zweite eventuelle Klage gefunden, mittelst deren die vom Kläger behauptete Schenkung des Jahres 1861 angefochten sei und angefochten werden könne, und deshalb diese Schenkung und der Werth des Immobile zur Zeit derselben dem Kläger zum Beweis verstellt worden. Dabei hat sich Beklagter, der auch in voriger Instanz nur gegen Formulirung des Beweissatzes gravaminirte, jetzt ganz beruhigt, ja sogar das obergerichtliche Beweisthema für „völlig correct“ erklärt:

O.-A.-Ger.-Acten [1] pag. 3.

Es kann also keinem Anstande unterliegen, hier, mit Beiseitesetzung des obigen formellen Bedenkens, auf die materielle Beurtheilung der klägerischen Beschwerde einzugehen.

Dieselbe bezieht sich auf zwei Punkte. Dem Kläger ist es, ausweislich der Rechtfertigung,

O.-A.-Ger.-Acten [6] pag. 9. 10,

1) hauptsächlich um Beseitigung der Annahme der vorigen Richter zu thun, daß, auch wenn eine große Schenkung vorliegen sollte, der Mangel gerichtlicher Insinuation derselben doch nicht zur Rescission des ganzen Schenkungsvertrags führen, sondern das Verhältniß nach Maaßgabe der L. 34. pr. 62. C. de donat. (8, 54) zu regeln sein würde. Nach der Meinung des Klägers wäre vielmehr solchenfalls der Beklagte zur Rückgabe des geschenkten Immobile verbunden, und ihm zu überlassen, den Geldwerth der erlaubten Schenkung (500 solidi oder 4000 ₰) im Concurse des Schenkers, insoweit er damit nicht bereits präcludirt sein sollte, zu liquidiren. Es genügt indeß zur Widerlegung dieser Meinung eine wiederholte Verweisung auf den klaren Inhalt der L. 34, § 2 cit. — Kläger ist ferner

2) der Ansicht, es bedürfe eines Beweises der auf das Vorliegen einer nicht insinuirten großen Schenkung gegründeten Klage nicht mehr, weil Beklagter in der Vernehmlassung bereits eingeräumt habe, ein Haus zum Werthe von 13,900 ₰, welches nur mit 8500 ₰ Hypotheken beschwert sei, als Geschenk erhalten zu haben. Allein wäre dies auch richtig, so würde Kläger doch jedenfalls wegen des Betrags, bis zu welchem die Schenkung für ungültig zu erklären, von dem Beweise, wie viel das geschenkte Haus mehr werth gewesen sei als 4000 ₰ Cour., nicht befreiet werden können. Denn er selbst ist bei der Behauptung eines Werths des Hauses von mehr als 16,000 ₰ stehen geblieben, und daraus würden sich natürlich für die nach L. 34, §. 2 cit. C. zu bewirkende Auseinandersetzung ganz andere Resultate ergeben, als bei Zugrundelegung jenes vermeintlichen Zugeständnisses des Beklagten. Es muß aber auch den vorigen Richtern darin beigetreten werden, daß durch die auf 13,900 ₰ erfolgte amtliche Taxation, welche — wie Kläger selbst schon in der Replik andeutet, und durch die weiteren Verhandlungen sich vollends klar herausstellt — nur zum Zwecke der Brandassecuration Statt gefunden hat, der wirkliche Verkaufswerth, auf welchen es bei der Frage nach dem Vorliegen einer großen Schenkung allein ankommt, nicht festgestellt ist.

3) Das Niedergericht hatte dem Kläger hinsichtlich des in das Vorliegen einer nicht insinuirten großen Schenkung gesetzten Klaggrundes den Beweis auferlegt:

> daß und wieviel das libellirte Haus .... zur Zeit, als der Cridar dasselbe dem Beklagten geschenkt hat, mehr werth gewesen sei als 4000 ₰.

Der Kläger beschwerte sich in zweiter Instanz,

a) daß überall noch auf Beweis erkannt worden;

b) eventuell über die Fassung des Beweises; daß er nämlich unbestimmt auf die Zeit, wo der Cridar dem Beklagten das Haus geschenkt habe, und nicht vielmehr — wie für die erste Beweis-Alternative — auf die Zeit gerichtet sei, wo

der Cridar dem Beklagten das Haus eigenthümlich übertragen habe.

Nachdem nun das Obergericht die erste und Principal-Beschwerde des Klägers als unbegründet verworfen, dagegen nicht allein auf Grund der ersten Beschwerde des Beklagten, sondern auch in Mitberücksichtigung jener eventuellen Beschwerde des Klägers, den niedergerichtlichen Beweissatz dahin abgeändert hat:

> daß der Cridar das Haus dem Beklagten am 5. und resp. 10. December 1861.... geschenkt habe, und daß und wieviel dasselbe zu dieser Zeit mehr werth gewesen sei als 4000 ₰;

Kläger aber nunmehr nur seine Principal-Beschwerde wiederholt, und eine eventuelle, die Beweis f a s s u n g betreffende Beschwerde nicht wieder aufgestellt hat, kann nicht anders angenommen werden, als daß er — insofern es überhaupt noch eines Beweises zu dem hier in Frage stehenden Klaggrunde bedürfen sollte — gegen den vom Obergerichte aufgestellten Beweissatz Nichts einzuwenden habe. Das O.-A.-Gericht ist also nicht in der Lage, die Richtigkeit dieses letzteren, und insbesondere die Frage in Betracht zu ziehen, ob vom Kläger neben dem Beweise des Werthes, den das Haus zur Zeit der gerichtlichen Verlassung und Umschreibung gehabt, auch noch der Beweis zu fordern war, daß die Schenkung des Hauses erst um diese Zeit erfolgt sei.

C. Während Kläger in den Appellationsschriften voriger und gegenwärtiger Instanz speciell nur die eben unter A. und B. beurtheilten Gründe für die beantragte sofortige Verurtheilung des Beklagten geltend gemacht hat, die auch vom Obergerichte in dieser Richtung allein in Betracht gezogen sind, sucht er in seiner Erklärung auf die beklagtische Appellation darzulegen, daß der animus fraudandorum creditorum aus den Umständen des vorliegenden Falles sich so klar ergebe, daß es des in der ersten obergerichtlichen Beweis-Alternative darüber auferlegten Beweises gar nicht mehr bedurft habe, und höchstens der Kläger noch zu dem Beweise zu verpflich-

ten gewesen sei, daß der Gemeinschuldner entweder zur Zeit der Schenkung bereits zahlungsunfähig war oder es durch dieselbe wurde.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob dieses Vorbringen nicht schon aus formellen Gründen unberücksichtigt bleiben muß. Jedenfalls stellt es sich materiell als verwerflich dar.

Nach der constanten Rechtsprechung des O.-A.-Gerichts kann durch die bereits vorliegenden Indicien für dasjenige Moment, welches den eigentlichen Gegenstand des Beweises bildet, ein förmliches Beweisverfahren nicht erübrigt werden, und muß es der betreffenden Partei vielmehr überlassen bleiben, dieser Indicien zum Zwecke des von ihr zu führenden Beweises sich zu bedienen. Die Ansicht des Klägers aber, als gehöre im Falle einer Schenkung das Bewußtsein des Cridars von seiner Zahlungsunfähigkeit gar nicht zu den Requisiten der actio Pauliana, sondern genüge dessen Insolvenz zur Zeit der Schenkung, bedarf keiner besonderen Widerlegung.

II. Das gravamen unicum des Beklagten bezieht sich nur auf die actio Pauliana und hat einen zwiefachen Gegenstand. — Beklagter verlangt,

A. daß vom Kläger, außer dem ihm auferlegten Beweise eines zur Zeit der Verlassung resp. Umschrift vorhanden gewesenen animus fraudandi creditores (auf dessen Formulirung der zweite Theil der Beschwerde sich bezieht), auch noch der Beweis gefordert werde:

> daß der Cridar das fragliche Haus am 5. resp. 10. Decbr. 1861 (d. i. eben zur Zeit der Verlassung und Zuschrift) dem Beklagten geschenkt habe.

Die Klage sei nämlich darauf gegründet, daß der Vater des Beklagten durch die im Bewußtsein seiner Insolvenz an den genannten Tagen bewirkte Verlassung und Zuschrift des Hauses an den Beklagten titulo lucrativo eine alienatio in fraudem creditorum vorgenommen habe. Vom Beklagten aber sei eine erst im Zustande der Insolvenz vorgenommene Schenkung geleugnet, und vielmehr der Sachverhalt dahin angege-

ben worden, daß die Schenkung bereits im Jahre 1859 — für welche Zeit Kläger selbst die Insolvenz des Schenkers nicht behaupte — Statt gefunden habe, und die gerichtliche Verlassung und Zuschrift nur in Erfüllung der durch diese rechtsgültige und unanfechtbare Schenkung von 1859 für den Schenker begründeten Verpflichtung erfolgt sei.

Nun muß allerdings, — wie dies auch bereits von den vorigen Richtern geschehen — dem Beklagten darin beigetreten werden, daß sein qualificirtes Geständniß nicht theilbar ist, und daher — insofern es in den rechtlichen Ergebnissen einen Unterschied machen sollte, ob die Schenkung des Hauses schon im Jahre 1859 oder erst im December 1861 Statt gefunden — dieser letztere Zeitpunkt annoch von dem Kläger zu beweisen sein würde. Dagegen kann sich der Beklagte über die Unterlassung einer deshalbigen Beweisauflage dann nicht beschweren, wenn, auch bei Zugrundelegung der von ihm gegebenen Sachdarstellung, der Beweis der in der ersten Alternative des angefochtenen Erkenntnisses enthaltenen Thatsache genügt, um zu einer Verurtheilung nach Maaßgabe der Klagbitte zu gelangen. Es ist also zu untersuchen, ob auch dann, wenn man unterstellt, daß die Schenkung zu einer Zeit erfolgte, wo der Schenker noch vollkommen zahlungsfähig war, die, auf Grund dieser Schenkung, im Zustande der Insolvenz erfolgte gerichtliche Verlassung und Zuschrift mit der actio Pauliana schon darauf hin angefochten werden kann, daß der Schenker diese Acte im Bewußtsein seiner Insolvenz vollzogen hat, ohne daß es auf die Mitwissenschaft des Beklagten ankommt.

1) Nicht ohne einigen Schein von Berechtigung hebt der Kläger hervor, daß Beklagter ein im Jahre 1859 erfolgtes Schenkungsversprechen (ein Schenken mittelst obligare) gar nicht behauptet habe, indem er in der Vernehmlassung nur von einer Schenkung und Ueberweisung des Hauses rede und duplcicando gradezu erkläre: es handele sich gar nicht um ein Schenkungsversprechen, sondern die Schenkung habe in der Hingabe des Hauses selbst bestanden,

welcher die Umschrift als nothwendige, das Vermögen des Cridars nicht mehr betreffende Consequenz habe folgen müssen. Beklagter behaupte also lediglich eine Schenkung mittelst sofortiger Eigenthumsübertragung (dare); eine solche aber habe ohne gerichtliche Verlassung und Umschrift nicht vor sich gehen können, es sei also nach der eigenen Darstellung des Beklagten ein rechtlich bedeutungsloser Act, der im Jahre 1859 vor sich gegangen, und könne als Zeitpunkt der wirklich erfolgten Schenkung nur der angesehen werden, wo durch die gerichtliche Verlassung und Umschrift in Wahrheit das Eigenthum des fraglichen Hauses übertragen worden. Es mußte die Vertheidigung des Beklagten jedoch günstiger aufgefaßt, und darin die Behauptung eines Schenkens durch obligare, zu dem sofort die thatsächliche Erfüllung hinzugetreten sei, gefunden werden, wie denn insbesondere nur von diesem Standpunkte aus die schon in der Vernehmlassung aufgestellte Behauptung, die Umschrift sei eine „Verpflichtung" gewesen, zu deren Erfüllung eventuell auch die Masse „auf dem Wege Rechtens hätte gezwungen werden können" eine Berechtigung findet. Beklagter will das Vorliegen einer durch den angeblichen Schenkungsact von 1859 begründeten obligatio nicht in Abrede stellen, sondern vielmehr nur geltend machen, daß mehr als ein bloßes obligare damals vor sich gegangen, worauf später zurückzukommen sein wird.

2) Nach den Erörterungen zur Beschwerde des Klägers sub I. A. konnte das Berufen desselben auf die zwischen Schenker und Beschenkten bestehende Personen-Einheit lediglich auf die vom Beklagten behauptete Schenkung von 1859 bezogen werden, und hatte gerade den Zweck, diese als einen nichtigen Act erscheinen zu lassen, woraus denn von selbst folgen würde, daß in der Eigenthumsübertragung von 1861 nicht die Erfüllung einer bestehenden Obligation, sondern der Schenkungsact selbst gefunden werden müßte. Es muß also in dieser Richtung auf den fraglichen Punkt eingegangen werden. Das O.-A.-Gericht kann aber keinen Anstand neh-

men, in der materiellen Beurtheilung desselben dem Niedergerichte dahin beizutreten, daß nach Deutschem und insbesondere nach Lübischem Rechte in der väterlichen Gewalt der Charakter einer natürlichen Vormundschaft überwiegt, und dieselbe kein Hinderniß für die Eingehung von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kindern bildet, weßhalb es keiner Prüfung der processualischen Gründe bedarf, aus denen die vorigen Richter der Berufung des Klägers auf jene Personen-Einheit keine Folge geben zu dürfen geglaubt haben.

3) Das Obergericht nimmt an, daß, auch wenn schon im Jahre 1859 ein vollkommen rechtsgültiger Schenkungsvertrag zu Stande gekommen sein sollte, dennoch in der Verlassung und Zuschrift vom December 1861, soferne dieselben im Zustande und mit dem Bewußtsein der Insolvenz vorgenommen worden, eine alienatio in fraudem creditorum zu finden sein würde, weil der Cridar zu dieser letzteren Zeit zur Erfüllung des Schenkungsvertrags nicht mehr habe gezwungen werden können, vielmehr berechtigt und im Interesse seiner Gläubiger verpflichtet gewesen sei, der von ihm etwa geforderten Erfüllung mittelst der Einrede sich zu entziehen, daß er, als Schenker, berechtigt sei, neben dem nöthigen Lebensunterhalte auch die für seine Schulden nothwendige Deckung zurückzuhalten. Dieser Ansicht mußte aus den in den Motiven zum angefochtenen Erkenntnisse näher entwickelten Gründen beigepflichtet werden. Nun könnte freilich noch die Frage entstehen, ob, wenn auch in der Erfüllung des Schenkungsversprechens unter den obwaltenden Umständen eine alienatio in fraudem creditorum von Seiten des Cridars zu finden ist, dies zur Begründung der actio Pauliana gegen den Beschenkten, der doch Nichts, als was ihm vertragsmäßig gebührt, erhalten hat, hinreicht, und nicht vielmehr dessen Bewußtsein von der Insolvenz des Schenkers hinzukommen muß.

Wie diese Frage nach gemeinem Rechte zu beantworten sein würde, kann dahin gestellt bleiben. Nach dem Lübeckischen Gemeinen Bescheide vom 9. Febr. 1803 und der dar-

auf gegründeten Rechtsprechung des O.-A.-Gerichts muß sie bejaht werden. Es kann nämlich keinem Bedenken unterliegen, den Schenker, der im Zustande bewußter Insolvenz, ohne von dem ihm zustehenden beneficium competentiae in dem oben bezeichneten Umfange Gebrauch zu machen, die Schenkung erfüllt, dem Schuldner gleichzustellen, der, während er das Bewußtsein seiner materiellen Zahlungsunfähigkeit hat, einem seiner Gläubiger eine noch nicht fällige Schuld bezahlt. Daß aber in diesem letzteren Falle, nach Maaßgabe des gedachten Gemeinen Bescheides, soferne nur auf Seiten des zahlenden Schuldners (unter Zugrundelegung der s. g. Gratificationstheorie) ein animus fraudandorum creditorum anzunehmen steht, die ganze Zahlung rückgängig gemacht (nicht bloß das interusurium eingeklagt) werden kann, und es hierbei auf die Mitwissenschaft des Gläubigers nicht ankommt, hat das O.-A.-Gericht bereits früher, unter eingehender Motivirung dieser seiner Ansicht, ausgesprochen:

Bruhn Sammlung von Entscheidungen rc. I. p. 410. II. p. 23. p. 460—463.

Beklagter selbst scheint denn auch zu erkennen, daß, sobald man davon ausgeht, es habe im Herbst 1859 ein bloßes Schenken durch obligare Statt gefunden, der vom Obergericht geltend gemachte Grund durchschlagend ist. Denn er legt alles Gewicht darauf, daß damals keineswegs ein bloßes Schenkungsversprechen Statt gefunden, sondern die Schenkung sofort durch Ueberweisung des Hauses an den Beklagten vollzogen worden, so daß für den Schenker nur noch die Verpflichtung übrig geblieben sei, auch das förmliche stadtbuchmäßige Eigenthum dem Beklagten abzutreten, und das Haus auf dessen Namen „gelegentlich" umschreiben zu lassen; daß dies eine bloße Formalität, eine Leistung ohne allen pecuniären Werth gewesen, wogegen alle diejenigen Rechte und Befugnisse, welche das zu Geld anzuschlagende Interesse des Eigenthümers ausmachten, bereits mit der bedingungslosen Ueberlieferung des Hauses auf den Beklagten übergegangen seien. Es kann indeß dieser ganzen Argumentation

kein Werth beigelegt werden. Daß, nach Lübischem Rechte, Eigenthum an Immobilien erst in Folge der gerichtlichen Verlassung und Umschrift im Stadtbuche übergeht, steht fest, und wird vom Beklagten selbst nicht bestritten. Wenn aber dies der Fall, so ist nicht einzusehen, wie bis zur Verlassung das Recht des Erwerbers noch ein Mehreres sollte begreifen können, als einen rein persönlichen Anspruch gegen den Veräußerer. Die Besitzübertragung ist, bis die Umschrift hinzukommt, etwas rein Factisches und überall nicht geeignet, ein dingliches Recht des Erwerbers an dem Hause selbst zu vermitteln. Dieses bildet vielmehr immer noch einen Vermögenstheil des Veräußerers, und in dem Vermögen des Erwerbers findet sich nach wie vor nur ein Forderungsrecht, welches, weil auf einer Schenkung beruhend, der Beschränkung durch das beneficium competentiae in dem bereits bezeichneten Umfange unterliegt.

Richtig ist es nun freilich, daß — worauf der Beklagte ebenfalls hinweist — mit der actio Pauliana nur derjenige Veräußerungs-Act rückgängig gemacht werden kann, der wirklich in fraudem creditorum vorgenommen ist, also hier die Verlassung und Umschrift des Hauses. Es bleibt dann noch immer die factische Lage die, daß der Beklagte, vermöge einer auf Grund eines Schenkungsvertrags von dem noch solventen Schenker vorgenommenen Tradition, sich im Besitze des Hauses befindet; und muß ein zweiter Rechtsgrund hinzukommen, vermöge dessen die Gläubigerschaft ihm diesen Besitz abstreiten und die Herausgabe des Hauses fordern kann. An einem solchen fehlt es indessen auch nicht. Es kann dahin gestellt bleiben, inwiefern überhaupt in denjenigen Deutschen Ländern, wo der Eigenthumsübergang von Immobilien durch gerichtliche Auflassung oder ein Surrogat derselben bedingt ist, dem Veräußerer, der das bereits übergebene, aber noch nicht gerichtlich übertragene Immobile, sei es mit der Rei Vindicatio oder auch mit einer persönlichen Klage zurückfordern wollte, von dem Erwerber eine Einrede aus dem Veräußerungsvertrag entgegengesetzt werden kann.

In einem Falle der vorliegenden Art wird jedenfalls diese Einrede durch die replica doli beseitigt, daraus entnommen, daß der Schenker wegen inmittelst eingetretener Insolvenz nicht mehr verpflichtet resp. berechtigt sei, den Schenkvertrag durch Uebertragung des Eigenthums zu erfüllen, und daher auch die nur in Erwartung dieser letzteren bereits im Voraus erfolgte Besitzübertragung rückgängig gemacht werden müsse.

B. Der zweite Theil der beklagtischen Beschwerde betrifft die Formulirung des in Beziehung auf den animus fraudandorum creditorum vom Kläger zu fordernden Beweises. Während die vorigen Richter denselben dahin formulirt haben:

> daß der Cridar — — gewußt habe, daß er zahlungsunfähig sei,

verlangt der Beklagte principaliter die Fassung:

> daß der Cridar die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen;

eventuell:

> daß er zur betreffenden Zeit bereits zahlungsunfähig gewesen oder es durch die fraglichen Acte geworden, und sich solcher Zahlungsunfähigkeit bewußt gewesen.

Es liegt indeß kein Grund vor, dem einen oder anderen dieser Anträge zu deferiren.

1) Daß der Beweis, statt auf die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, vielmehr auf die facta gerichtet worden ist, aus denen diese Absicht von selbst folgt: den Zustand der Insolvenz und die im Bewußtsein dieses Zustandes von dem Cridar gemachte resp. vollzogene Schenkung, ist ganz correct, und hat auch der Beklagte hiergegen eigentlich Nichts einzuwenden.

2) Daß der Cridar zur Zeit der fraglichen Eigenthumsübertragung wirklich insolvent gewesen sein muß, und es nicht genügt, wenn er sich irrthümlich für insolvent gehalten, ist vollkommen richtig. Der Beweissatz: „daß er gewußt habe, daß er insolvent sei," begreift aber auch implicite zugleich den Beweis der wirklich vorhandenen Insolvenz.

3) Die vorigen Richter haben den Beweis darauf, daß der Cridar durch den fraglichen Act insolvent geworden, absichtlich nicht erstreckt, weil eine dahin gehende Behauptung des Klägers nicht vorliegt. Dadurch ist jedenfalls der Beklagte nicht verletzt, und es ist eine Verkennung seines eigenen Interesse, wenn er, während Kläger sich bei der Hinweglassung der fraglichen Alternative beruhigt hat, eventuell deren Aufnahme in den Beweissatz beantragt.

Hamburg. 9.

Dr. Banks mand. nom. **Grünwald & Guggenheimer** zu Stuttgart, Kläger, gegen **J. Thielmann** zu Hamburg, Beklagten.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß
vom 31. Januar 1865.
(Auf beklagtische Appellation.)

Da ein Theil des klagend geforderten Facturabelaufs der von den Klägern dem Beklagten im Febr. 1864 zugesandten 36 Garnituren Goldwaaren zur Summe von 573 fl. 24 Kr., nämlich ein Betrag von 4 Garnituren Nr. 1. 2. 3 und 20 zusammen fl. 59. 36, wie er schon nach H.-G.-Acten [10] pag. 14 vor dem Beginn des Processes nicht mehr streitig gewesen, so auch im Processe — wenngleich abzüglich 15 % Disconto oder 8 fl. 57, also mit 50 fl. 39 Kr. — als den Klägern zukommend von dem Beklagten anerkannt worden ist, auch das Handelsgericht den Beklagten durch Erkenntniß vom 9. Septbr. 1864 in die Zahlung dieses anerkannten Belaufes verurtheilt hat, ohne daß der Beklagte hiegegen ein Rechtsmittel ergriffen hätte; da hiernach seit jenem Handelsgerichts-Erkenntnisse der Streitgegenstand jedenfalls auf 513 fl. 48 Kr., eventuell, wenn der Disconto auf die 59 fl. 36 Kr. als streitig geblieben angesehen werden müßte, auf 522 fl. 45 Kr. sich verringert hat; da es ferner unstreitig ist, daß die Kläger verpflichtet sind, 8 Garnituren, gegen welche der Beklagte

alsbald nach dem Empfang der Sendung monirt hatte, zurückzunehmen, also deren Facturabetrag von dem eingeklagten Belaufe in Abzug zu bringen ist, wie denn das Obergerichts-Erkenntniß vom 2. December 1864 diesen Abzug ausdrücklich angeordnet hat;

da hiernach die beklagtischen Beschwerden nur einen Belauf von 513 fl. 48 Kr., event. 522 fl. 45 Kr., abzüglich des Facturabetrages der in Rede stehenden 8 Garnituren, zum Gegenstand haben; da freilich die beanstandeten 8 Garnituren vom Beklagten bisher nicht näher bezeichnet worden sind, so daß das Obergericht in der Lage war, die Sache zur Feststellung deren Belaufes in quanto erst an das Handelsgericht zurückverweisen zu müssen, indessen ohne Weiteres aus der von dem Beklagten beigebrachten Factura erhellet, daß, welche 8 Posten der Factura auch von den obigen 513 fl. 48 Kr., event. 522 fl. 45 Kr., abzuziehen sein mögen, in keinem Falle ein die Appellationssumme von mehr als Ct. ℔ 652 erreichender Belauf übrig bleibt, indem bei der für die Annahme der Appellabilität günstigsten Zugrundelegung der 8 am niedrigsten facturirten Posten Nr. 4, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 15 ein zu kürzender Gesammtbetrag von fl. 96. 18 sich ergiebt, durch welchen die obigen fl. 513. 48 oder fl. 522. 45 bis auf fl. 417. 30 oder fl. 426. 27 sich verringern, von welchen Summen die größere, nach dem Verhältnisse von 7 fl. = 4 ℘ oder 10 ℔ Cour. auf Ct. ℔ 609. 3, also auf weniger als Ct. ℔ 625, sich berechnet;

so erkennt das Ober-Appellationsgericht für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 2. Decbr. 1864 ergriffenen Appellation für gewahrt zu achten, dieselbe aber als nicht anher erwachsen, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu verwerfen sei.

Hamburg. 10.

J. W. Duncker jun. zu Hamburg, Kläger, wider **H. G. Schramm** daselbst, Beklagten, wegen Redhibition gelieferter Dampfpumpen.

Interpretation einer Garantieclausel.

Rechtsfall. Der Kläger ist Besitzer eines floating dock, der Beklagte Erfinder verbesserter rotirender Dampfpumpen, für welche er in England patentirt ist, und deren Vorzug nach einem im Juli 1863 von ihm erlassenen gedruckten Circular darin bestehen soll, „daß auf höchst einfachem Wege die Reibung auf ein Minimum gebracht ist, welche bei den gewöhnlichen wie bei den bekannten rotirenden Pumpen einen so großen Kraftaufwand erfordert." Zwischen den Parteien kam nun im Sommer 1862, nachdem der Kläger Modelle dieser Pumpen in Augenschein genommen und von der Construction derselben sich unterrichtet hatte, ein Contract zu Stande wegen Lieferung von vier completen Pumpen nebst Zubehör, wovon jede im Stande sein sollte, 160 Cubikfuß Wasser pr. Minute zu fördern, für die Summe von 16,000 ℳ︁ Crt. Ein Schreiben des Beklagten an den Kläger vom 13. Juni 1862, welches das Nähere über die bedungene Lieferung enthielt, besagt am Schluß:

Nachträglich füge ich noch hinzu, daß ich auf fünf Jahre die Garantie übernehme für die Haltbarkeit meiner Arbeit, und werde alles, was durch meine Schuld von Reparaturen der Maschinen vorkommt, unentgeltlich erneuern.

Die Unterzeichnung eines vom Kläger später entworfenen förmlichen u. a. einen bestimmten Lieferungstag enthaltenden Contracts hat der Beklagte verweigert. In diesem Contracte lautete der § 3 dahin:

„Herr H. G. Schramm übernimmt hiedurch wiederholt die laut seines ... Briefes vom 13. Juni 1862 eingegangenen

Verpflichtungen, mit jeder der 4 Pumpen 160 Cubikfuß pr. Minute aus den einzelnen Pontons herauszuschaffen und jede der 4 Pumpen für diese Leistungsfähigkeit herzustellen; ferner, die Maschinen und allen Zubehör in einem guten fertigen und brauchbaren Zustande an Herrn J. W. Duncker abzuliefern, und übernimmt Herr „Schramm hiedurch zugleich die Verpflichtung, Alles und Jedes, was innerhalb der ersten 5 Jahre, vom Tage der Ablieferung angerechnet, durch Verschleiß oder durch fehlerhafte Construction an den Maschinen und Pumpen außer Ordnung gerathen sollte, auf seine, des Herrn Schramm, Kosten und unentgeltlich für Herrn Duncker wieder herzustellen."

Dagegen heißt es im § 4, Schramm verzichte für den Fall, daß seine Pumpen und Maschinen die versprochene Leistungsfähigkeit nicht besitzen, auf die Annahme derselben abseiten des Herrn Duncker.

Die, Ende Mai 1863 aufgestellten Pumpen sind, nachdem sich die contractliche Leistungsfähigkeit bewährt hatte, vom Kläger angenommen und bezahlt worden, wiewohl nur unter der Fortdauer der vom Beklagten in seinem Briefe vom 13. Juni 1862 übernommenen Garantie für die Haltbarkeit seiner Arbeit.

Gestützt auf diese Garantieclausel war die am 19. November 1863 angestellte Klage. Sie behauptete, daß die gänzliche Unhaltbarkeit der gelieferten Pumpen sich schon jetzt herausgestellt habe, und machte dafür geltend, daß im Innern der Pumpen sich bewegliche Klappen mit in Führungen laufenden kleinen Zapfen befänden, und daß Zapfen sowohl als Führungen sich nach unverhältnißmäßig kurzem Gebrauche so vollständig abnutzten, daß ohne eine Erneuerung dieser Theile die Pumpen gar nicht zu verwenden seien. Gebeten ward, den Beklagten zu verpflichten, gegen Rücknahme der gelieferten vier Pumpen, dem Kläger die Kosten der Beschaffung neuer Pumpen von gleicher Leistungsfähigkeit und den bis dahin, daß dies geschehen sein werde, entstehenden Schaden zu erstatten.

Der Beklagte bestritt, daß der behauptete Verschleiß der Zapfen und Führungen jetzt noch so schnell, wie angegeben, eintrete, und bestritt ferner, daß der durch das Constructionsprincip bedingte Verschleiß dieser kleinen, leicht und mit geringen Kosten zu ersetzenden Pumpentheile, eine unabwendbare Folge der bei allen Pumpen stattfindenden Reibung, unter seine Garantie falle. Er machte außer andern Einreden auch geltend, der Grund der gerügten Uebelstände liege in der mangelhaften Construction des Docks und in der Ueberanstrengung und schlechten Behandlung der Pumpen.

Das Handelsgericht erkannte am 23. December 1863:

daß Kläger bei Fortgang der Sache eine Caution für Kosten und Fortsetzung des Rechtsstreites zur Summe von Banco-Mark 200. bei Strafe beklagtischer Absolution von der Instanz zu bestellen schuldig;

und in der Sache selbst: da die fraglichen Pumpen zwar acceptirt sind, jedoch unter Vorbehalt aller Ansprüche aus der Garantie Anlage A.

(s. den Comm. Vgl. vom 29. Juni 1863 und die Einlassung vom 15. Juli 1863.)

da diese Garantie, welche der Beklagte so ausgedrückt hat:

ich übernehme auf 5 Jahre die Garantie für die Haltbarkeit meiner Arbeit und werde Alles, was durch meine Schuld von Reparaturen der Maschinen vorkommt, unentgeltlich erneuern,

ausweise des Klagantrags in ihrem letzten Theile gar nicht in Frage steht; da, was die Garantie für die Haltbarkeit der beklagtischen Arbeit betrifft, darunter verstanden werden kann die Erneuerung unhaltbarer Maschinentheile und die Erstattung des Schadenersatzes für die Dauer der Unbrauchbarkeit der Pumpen;

darunter aber auch zu verstehen ist, daß eine für die bedungene Zeit dauerhafte Arbeit bei ordnungsmäßigem Gebrauch geliefert worden, während keine Gewähr geleistet ist

für Abnutzung, welche durch Construction der Pumpen bei solchem Gebrauch nothwendig entsteht, und zwar deshalb nicht, weil das Princip der Construction von dem Kläger genehmigt wurde;

da somit die Klage nicht angebrachtermaaßen abzuweisen ist, weil aus einem dictum et promissum das Interesse gefordert werden kann, das Interesse der Garantie aber auch das sein kann, daß Kläger Pumpen der fraglichen Construction, jedoch von dauerhafter Arbeit erlange;

da dem auch nicht entgegensteht der § 3 des Contractentwurfes (Anl. D), weil in demselben eine ganz andere Garantie als in Anlage A. vorgeschrieben ist, namentlich die Wiederherstellung alles durch Verschleiß und durch fehlerhafte Construction außer Ordnung Gerathenen verlangt worden, insonderheit aber jener Vertrag nicht perfect geworden;

da auch wegen des fortgesetzten Gebrauches der Pumpen die Klage nicht hinfällig wird, weil, wenn dieselben haltbar im Sinne der Garantie sich ausweisen, die Klage abzuweisen ist, und wenn dies nicht der Fall, jedenfalls der Schadensanspruch des Klägers erheblich geringer sein wird, als wenn außerdem die Arbeit eingestellt würde, der etwaige weitere Verschleiß aber vom Beklagten in computum gebracht werden kann;

da, wenn der Beklagte die Einleitung eines ordentlichen Beweisverfahrens verlangt hat und Kläger, welcher nach Uebernahme der Maschinen und deren Bezahlung den Verfall der Garantie geltend macht, beweispflichtig erscheint, dem Beklagten doch der specielle Gegenbeweis nachzulassen ist, daß durch mangelhafte Einrichtung und Benutzung des Dock, oder durch Ueberarbeitung der Pumpen, oder ihre Verwahrlosung und schlechte Behandlung deren Haltbarkeit erheblich beeinträchtigt sei,

daß Kläger den Beweis:

daß die Arbeit der wesentlichen Theile der fraglichen Pumpen eine solche sei, daß sie, abgesehen von dem durch die Construction selbst bedingten Verschleiße, eine

Dauerhaftigkeit von fünf Jahren seit der Ablieferung nicht besitze,

zu führen und vorbehältlich beklagtischen Gegenbeweises, namentlich dahin:

daß durch mangelhafte Einrichtung und Benutzung des Dock, oder durch Ueberarbeitung der Pumpen, oder ihre Verwahrlosung und schlechte Behandlung deren Haltbarkeit in entscheidendem Maaße beeinträchtigt sei,

innerhalb acht Tagen, bei Verlust der Beweisführung, anzutreten schuldig.

Beide Theile appellirten, der Beklagte deshalb, weil die Klage nicht sofort abgewiesen sei.

Dieser Beschwerde entsprach das Obergericht durch das nachfolgende Erkenntniß vom 26. Februar 1864:

Da das Wesentliche der vom Beklagten hinsichtlich der von ihm contractlich übernommenen Lieferung von 4 Pumpen mit Dampfmaschinen und Zubehör aus seinem vom Kläger genehmigten Schreiben vom 13. Juni 1862 (Anlage A.) zu entnehmen ist; da demzufolge Beklagter sich zur Anfertigung von Maschinen nach einer bestimmten dort bezeichneten, überdies dem Kläger durch ein Modell näher bekannt gewordenen Constructionsart von einer festgestellten Leistungsfähigkeit so wie Alles gut gearbeitet und von gutem Material verpflichtet hatte, und unbestritten, nachdem die verheißene Leistungsfähigkeit der Maschine sich durch ihre Benutzung erprobt hatte, dem Beklagten der bedungene Preis von Crt. / 16,000 ausbezahlt worden ist; da, anlangend die Güte von Material und Arbeit, dieser Begriff darin seinen präciseren Inhalt findet, daß deren Qualität die Voraussetzung für die nicht nur momentane, sondern im Verlaufe der Zeit sich gleichbleibende Brauchbarkeit und Leistungsfähigkeit der Maschinen war, und in dieser Hinsicht die contractliche Verpflichtung des Beklagten dahin fixirt wurde, daß er die Garantie für die Haltbarkeit seiner Arbeit auf die Dauer von 5 Jahren übernehme; da anlangend die Interpretation dieser schriftlich dahin bestätigten Verantwortlichkeit:

„Nachträglich füge ich noch hinzu, daß ich auf 5 Jahre die Garantie übernehme für die Haltbarkeit meiner Arbeit, und werde Alles, was durch meine Schuld von Reparaturen der Maschinen vorkommt, unentgeltlich erneuern,"

hierin nicht mit dem Handelsgericht eine Verpflichtung von zwiefachem Inhalt gefunden werden darf, so daß mit Suppeditirung des Wortes „außerdem" nach den Worten „und werde" für den ersten Satz, eine von dem Sinne des zweiten ganz verschiedene Bedeutung aufgesucht werden müßte; da vielmehr, gleich wie es einer gewöhnlichen, wenn auch weniger accuraten, Redeweise angemessen ist, beide Sätze durch Supplirung des Wortes „und werde demnach" verbunden zu denken, diese Annahme sich auch durch das Bedürfniß empfiehlt, den abstracten Begriff einer Garantie für die Haltbarkeit durch die erläuternde Uebernahme der dadurch stipulirten unentgeltlichen Leistungen genauer zu bezeichnen; da diese Auslegung als die der übereinstimmenden Auffassung der Contrahenten entsprechende auch dadurch ihre Bestätigung findet, daß in § 3 des späteren vom Kläger ausgegangenen Contractentwurfes ausschließlich der Inhalt des zweiten der obigen Sätze aufgenommen wurde, weil derselbe den ersten durch Hervorhebung der daraus für das Verhältniß der Parteien resultirenden practischen Folgen vollständig reproducirte, wobei es für diese Interpretationsfrage als unerheblich erscheint, daß jener Entwurf aus anderen Gründen vom Beklagten nicht vollzogen wurde; da hiernach dem Kläger aus der als Rechtsgrund für die Klage geltend gemachten beklagtischen Garantie nur ein Anspruch auf unentgeltliche Reparatur der Maschinen und auf Erneuerung der während der ersten 5 Jahre schadhaft oder unbrauchbar gewordenen Theile zustehen könnte, wobei sodann, abgesehn davon, daß Beklagter nicht gemeint sein konnte, auch für solche Beschädigungen an den nicht unter seine Aufsicht gestellten Maschinen aufzukommen, welche erweislich durch ordnungswidrigen Gebrauch, durch Ueberanstrengung oder Verwahrlosung entstehen mögten, es neben Constatirung der Nothwendigkeit der ver-

langten Veränderungen auf die hier nicht zur Entscheidung stehende Frage ankommen würde, ob die Verhaftung des Beklagten nur auf solche Reparaturen, die durch eine von ihm verschuldete Unhaltbarkeit nothwendig wurden, oder auch auf die durch unvermeidliche Abnutzung während längeren Gebrauches veranlaßten zu erstrecken sei; da aber die hier erhobene auf Erstattung der Kosten der anderweiten Anschaffung von Maschinen gleicher Leistungsfähigkeit angestellte Klage durch das unter den Parteien bestandene Verhältniß nicht gerechtfertigt werden kann:

> daß auf Grund der beklagtischen Appellation, und ohne daß es hiernach auf eine Prüfung der klägerischen Beschwerden ankommt, das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 23. December v. J. wieder aufzuheben, und Kläger mit der von ihm erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz abzuweisen sei. Die Kosten der Appellationsinstanz werden compensirt.

Der Kläger appellirte weiter; es erfolgte aber beim Ober-Appellationsgericht am 31. Januar 1865 eine confirmatoria, und lauten die Entscheidungsgründe dahin:

I. Die Principalbeschwerde des Klägers, daß ihm nicht der Beweis nachgelassen sei, daß die ihm vom Beklagten gelieferten Pumpen die garantirte Haltbarkeit von fünf Jahren nicht besitzen, hat, gleich der 2. und 3., der Beklagte zunächst, weil gegen zwei gleichförmige Entscheidungen verstoßend, als unzulässig darzustellen versucht. Indessen bedurfte es keiner Erörterung dieses unhaltbaren Einwandes, da die Beschwerde eine jedenfalls unbegründete ist.

Der Kläger hat seinen Anspruch auf Redhibition der ihm vom Beklagten für sein floating dock gelieferten rotirenden Dampfpumpen in der Klage wie in der derselben voraufgegangenen notariellen Aufforderung vom 3. Novbr. 1863, soviel das rechtliche Fundament betrifft, lediglich gegründet auf die in dem Briefe des Beklagten vom 13. Juni 1863 enthaltene Garantie der Haltbarkeit seiner Arbeit auf fünf Jahre. Auch in der Replik ist die Behauptung einer

diesem Schreiben vorangegangenen mündlichen weiter reichenden Garantie nicht erfindlich. Denn wenn der Kläger hier angiebt, daß, als der Beklagte ihm ein Modell der zu liefernden Pumpe gezeigt, Kläger grade deshalb, weil er auf technische Fragen sich nicht verstehe, die Haltbarkeit der Arbeit auf fünf Jahre sich habe garantiren lassen, daß eben die damalige Bemerkung des Klägers, daß ihm die Construction nicht sehr haltbar erscheine, die Ertheilung der Garantie veranlaßt habe,

Hand.-Ger.-Acten [9] S. 29.

so kann unter dieser Garantie nicht wohl eine andere verstanden werden als die im Briefe vom 13. Juni enthaltene, auf welche die Klage sich gründet, und welche ja grade auf „Haltbarkeit der Arbeit" geht. Und ebenso wenig ist hier eine Behauptung aufgestellt, nach welcher dieser Garantie eine specielle Beziehung auf die Dauerhaftigkeit der Führungen und Zapfen in den Pumpen gegeben werden müßte. Auch in seinem Appellationslibelle zweiter Instanz hat der Kläger zwar eine vom Beklagten sofort beim Zeigen der Modelle gemachte mündliche Erklärung behauptet, allein eine nur dahin gehende, er wolle die Haltbarkeit der Construction auf fünf Jahre garantiren.

Oberger.-Acten Fasc. B. [2] S. 2—3.

Wenn daher der Kläger in gegenwärtiger Instanz, wie in seiner Vernehmlassung in zweiter Instanz, behauptet, es habe grade auf seine Bemerkung, daß die in Führungen laufenden Zapfen einer besonders starken Reibung ausgesetzt seien, der Beklagte erklärt, er sei bereit, die Haltbarkeit der Pumpen auf fünf Jahre zu garantiren, so ist dies eine ganz neue factische Behauptung, welche der Klage untergeschoben wird, und von welcher daher bei der Interpretation der Garantie völlig abzusehen war.

Was nun aber diese Interpretation betrifft, so waltet zwar in dieser zwischen den beiden vorigen Gerichten eine erhebliche Verschiedenheit ob, und wäre es nöthig, über diejenige Auffassung, in welcher sie differiren, eine Entscheidung

zu treffen, so wäre diese keine ganz zweifellose. Allein es bedarf einer solchen Entscheidung in dem vorliegenden Falle nicht, indem die Klage sich als eine unbegründete darstellt, welcher dieser Auffassungen man auch beitreten möge.

Die Klage ist nämlich, soviel das factische Fundament derselben betrifft, lediglich darauf gegründet, daß die Führungen und Zapfen an den Pumpen einem raschen Verschleiß unterworfen seien. Obgleich nämlich in der Klage die allgemeine Behauptung vorangeschickt wird, es habe im Laufe der Zeit sich herausgestellt, daß die Pumpen gänzlich unhaltbar seien, und zwar in einem Grade, welcher deren Brauchbarkeit überhaupt aufhebe, so wird doch in dem darauf folgenden Satze diese allgemeine Behauptung der Unhaltbarkeit näher dahin präcisirt, daß die im Innern der Pumpen in Führungen laufenden Zapfen sowohl als die Führungen sich nach unverhältnißmäßig kurzem Gebrauche so vollständig abnutzen, daß die Pumpen gar nicht zu verwenden seien; und auch in dem weiteren Verfolg der Klage, so wie überhaupt in den Acten finden sich sonstige Ausstellungen an der Arbeit der gelieferten Pumpen überall nicht. Nun ist es aber klar, daß, wenn man auch mit dem Handelsgerichte die Garantie des Beklagten dahin auffaßt, daß er auf fünf Jahre für die Haltbarkeit seiner Arbeit unbedingt habe haften wollen, hierin doch nur die Erklärung liegt, dafür einstehen zu wollen, daß seine Pumpen fünf Jahre halten, also während mindestens dieses Zeitraums im Stande sein werden das zu leisten, was er von ihnen versprochen, nämlich 160 Cubikfuß Wasser pr. Minute auszupumpen, nicht aber die Erklärung, auch dafür zu haften, daß sie dies während des gedachten Zeitraums leisten werden ohne einen in kürzeren oder längeren Zwischenräumen eintretenden Verschleiß der Führungen und Zapfen. Auch konnte der Kläger darüber, daß ein solcher Verschleiß von Zeit zu Zeit eintreten werde, bei Abschluß des Contracts über die Lieferung von Pumpen der hier fraglichen Art im Allgemeinen nicht im Zweifel sein, wenn auch vielleicht im Unklaren darüber, wie bald dieser

Verschleiß eintreten werde. Denn das Princip der vom Beklagten verbesserten Construction rotirender Pumpen, auf welche er in England patentirt ist, und nach deren vorher untersuchtem Modell der Kläger einräumt die Bestellung gemacht zu haben, besteht, worüber zwischen den Parteien kein Streit, gerade darin, daß, wie dies in dem vom Beklagten im Juli 1863 erlassenen gedruckten Circular angedeutet und in den Proceßverhandlungen näher erläutert ist, die bei allen Pumpen der Natur der Sache nach nothwendig eintretende Reibung auf ein Minimum gebracht ist, indem die Hauptreibung nur bei den kleinen in Führungen laufenden Zapfen stattfindet, welche naturgemäß einem von Zeit zu Zeit eintretenden Verschleiß unterworfen sind, sich aber leicht und mit geringen Kosten durch neue ersetzen lassen. Der Kläger scheint es denn auch zu erkennen, daß dieser durch das Princip der Construction bedingte Verschleiß an sich kein Mangel der Pumpen sei, welcher ihn auf Grund der Garantie im Briefe des Beklagten vom 13. Juni 1863 zur Redhibition berechtige, und hat eben deshalb aus der oben angegebenen neuen Behauptung über die Veranlassung der Garantie zu deduciren versucht, dieselbe sei eben dahin gegangen, daß ein Verschleiß der Führungen und Zapfen binnen 5 Jahren überall nicht eintreten werde, woraus nothwendig folgen würde, daß, wenn dies auch erst nach vierjährigem Gebrauche geschehe, der Beklagte zur Zurücknahme der Pumpen und zum Ersatz des vollen Interesse verpflichtet wäre. Indessen konnte, nach dem Obigen, jene neue Behauptung als unzulässiges Novum nicht berücksichtigt werden.

War aus obigen Gründen die Principalbeschwerde des Klägers zu verwerfen, so erledigten sich dadurch zugleich

II. die sämmtlichen eventuellen Beschwerden des Klägers.

1) Die zweite verlangt nämlich der Sache nach, daß dem Beklagten noch der Beweis darüber auferlegt werde, daß der Kläger die Construction der Pumpen in der Weise genehmigt habe, daß der Verschleiß der Führungen und Zapfen nicht unter die vom Beklagten geleistete Garantie falle.

Sie gründet sich also auf der nach dem Obigen unzulässigen neuen Behauptung, daß die Garantie grade in der bezeichneten Richtung geleistet sei. Auch würde jedenfalls hier nicht den Beklagten, sondern der Kläger, welcher sich auf einen den Worten nicht entsprechenden Sinn der Garantie beruft, die Beweislast treffen.

2) Die dritte Beschwerde bezielt, eventualiter den Kläger zu dem Beweise zuzulassen, daß Beklagter ihm eine fünfjährige Haltbarkeit der Pumpen in dem Sinne garantirt habe, daß bei guter Arbeit dieselben keiner Reparatur bedürfen werden.

a) Insofern, was zweifelsohne der Fall, unter der „Reparatur" die Erneuerung der Zapfen gemeint ist, steht der Beschwerde der obige Grund entgegen.

b) Es ist aber auch diese Beschwerde in voriger Instanz gar nicht aufgestellt, ohne gleichwohl von der Art zu sein, daß das Obergericht sie als ein minus der zweiten ex officio hätte berücksichtigen können.

c) Die Thatsache, welche Kläger beweisen will, steht endlich in der Allgemeinheit, worin sie aufgestellt ist, in gradem Widerspruch mit dem zweiten Satze der schriftlichen Garantie. Denn hat nach des Klägers Behauptung der Beklagte ihm zugesagt, die Pumpen zurücknehmen zu wollen, wenn binnen fünf Jahren nur auch die geringste Reparatur an denselben nöthig werden sollte, so bedurfte es gar nicht der im zweiten Satze enthaltenen Zusage, die durch seine Schuld nöthig werdenden Reparaturen unentgeltlich zu beschaffen.

3) Da, wenn die Klage verworfen wird, die vom Beklagten vorgeschützte Einrede des eigenen Verschuldens nicht weiter in Betracht kommt, so findet dadurch die auf die Fassung des Beweises dieser Einrede durch das Handelsgericht sich beziehende vierte Beschwerde von selbst ihre Erledigung.

War sonach das angefochtene Erkenntniß, wenngleich aus anderen Gründen, zu bestätigen, so mußte Kläger auch in die Kosten dieser Instanz verurtheilt werden.

11. Lübeck.

Johann Joachim Steer zu Ritzerau, Kläger, wider die Dorfschaft Ritzerau, Beklagte.

Summa appellabilis: Nur in zweifelhaften Fällen kann die Zustimmung des Gegners den Nachweis der Appellationssumme ersetzen.

Unschätzbarkeit des Gegenstandes: Eine solche ist nur da anzunehmen, wo entweder jede Schätzung an sich unmöglich, oder wo dieselbe der Natur der Sache nach zu einem bestimmten Ergebniß überall nicht führen kann.

Rechtsfall: In einem Processe, welchen S. gegen die Beklagte wegen angeblich eigenmächtiger Niederreißung einer Einfriedigung um seine, neben seinem Garten liegende Holzhude angestellt hatte, war in Betreff des Eigenthums und der Besitzverhältnisse an dem fraglichen Terrain von den ersten Instanzen in abweichender Art auf Beweis erkannt worden. Vom O.-A.-G., an welches die Sache durch Berufung der Beklagten gelangte, ward dieser Letzteren zunächst auferlegt, das Vorhandensein der Appellationssumme nachzuweisen, und nachdem diesem Bescheide von Seiten der Dorfschaft gelebt war, die Appellation durch Erkenntniß vom 30. Januar 1865, als anhero nicht erwachsen, verworfen. Die Entscheidungsgründe lauten folgendermaßen:

Von den drei Gründen, durch welche das Vorhandensein beziehungsweise die Unnöthigkeit der Appellationssumme dargethan werden soll, besteht

der erste in rechtskräftiger Entscheidung, welche in dem Obergerichts-Urtheil in Sachen Steer wider Dohrendorf und Genossen gefunden wird. Er beseitigt sich dadurch, daß die gedachte Entscheidung für die gegenwärtige Sache nur eine doctrinelle Bedeutung hat.

Der zweite Grund wird in dem Zugeständniß des Gegners gefunden, daß hier eine der Schätzung nicht unterworfene

Streitigkeit vorliege, und ist bedeutungslos, da die Zustimmung des Gegners nur in zweifelhaften Fällen den Nachweis der Appellationssumme ergänzen kann. Ein zweifelhafter Fall liegt hier aber nicht vor. Denn an sich besteht der Werth des Streitobjects in dem vorliegenden Falle höchstens in dem Betrage, welcher durch den Werth des ausschließlich in Anspruch genommenen Landes und der Entschädigung für den weggerissenen Zaun, beziehungsweise Planke, mit Einschluß der verdorbenen Runkelrüben gebildet wird. Dieser Betrag läßt sich sehr wohl zu Geld anschlagen, und das Streitobject mithin seiner Natur nach einer bestimmten Schätzung unterwerfen. Es mußte daher, in Beihalt der neuesten Entscheidungen des O.-A.-Gerichts:

Lüb.-Büch.-Eisenb.-Gesellsch. w. Steffen vom 23. Octbr. 1856,
Grube w. Dorfsch. Dummersdorf v. 12. Decbr. 1859,
Ehlers w. Dorfsch. Dummersdorf v. 4. Juli 1861,

welche, wie sich aus einer Vergleichung des § 34 der Ger.-Ordnung mit § 14 des Nachtrags ꝛc. ergiebt, die Billigung des Gesetzgebers gefunden haben, die vorliegende Appellation, da die Appellantin es an jeder Bescheinigung hat fehlen lassen, daß der obengedachte Werth die Summe von 1000 ℳ Crt. übersteige, verworfen werden, da auch

der dritte Grund, welcher zur Unterstützung

der Deduction, es bedürfe der Nachweisung der Appellationssumme nicht, geltend gemacht wird, unhaltbar ist. Er liegt in der Behauptung, daß der Gemeindeweg, die nach Sandesneben führende Landstraße, durch die Anlage beeinträchtigt werde. Allein in erster Instanz ist davon, daß Zaun resp. Planke von dem Kläger auf jenen Weg gesetzt seien, überall nicht die Rede, und auch die in jetziger Instanz beigebrachte Bescheinigung drückt sich nur dahin aus: „Steer sei damit dem öffentlichen Wege so nahe gekommen, daß dieser bis auf etwa 18 Fuß eingeschränkt worden sei." Es handelt sich also in dem gegenwärtigen Rechtsstreit nicht darum, daß Kläger einen Theil des öffentlichen Weges, sondern lediglich darum, daß er ein Stück Landes, welches er als seine Holzhude, die Beklagte dagegen als die Freiweide der Gemeinde bezeichnet,

zu seiner ausschließlichen Benutzung mittelst Umfriedigung in Anspruch genommen hat. Wäre aber auch ein Stück des öffentlichen Weges eingefriedigt, so würde sich daraus gleichwohl eine Unschätzbarkeit des Streitgegenstandes nur dann ergeben, wenn die Passage durch den Anspruch des Klägers behindert oder in erheblicher Weise geschmälert würde. Ersteres ist überall nicht behauptet, und für Letzteres fehlt es, da nach der eigenen Angabe der Beklagten eine Wegesbreite von etwa 18 Fuß noch vorhanden ist, an jeder Angabe von Momenten, aus welchen sich das Hervortreten irgend welcher Unzuträglichkeiten entnehmen ließe.

---

12. Bremen.

Claus Mönnich zu Bremerhaven, Kläger, wider **A. D. J. Becker** Wittwe geb. **Schroeder** daselbst, Beklagte, Forderung aus einem Kaufcontracte betreffend.

---

1) Die Gesammtheit der contractlichen Leistungen des Verkäufers steht, wenn nichts anderes ausgemacht worden, zu der Zahlungspflicht des Käufers in dem Verhältnisse, daß die letztere aufgehoben werden darf, bis jene Leistungen erfüllt sind, und folgt aus der Verabredung eines Zahlungstages für den Kaufpreis allein nicht, daß der Käufer nach dem Eintritt des Zahlungstages unabhängig von den Leistungen des Verkäufers den Kaufpreis zu zahlen habe.

2) Nach der Bremischen Erbe- und Handfestenordnung vom 30. Juli 1860 kann der Verkäufer eines Immobile, wenn der Verkauf unter der Hand geschehen, begehren, daß der ganze Kaufpreis vom Käufer deponirt werde. Hat aber der Verkäufer schon einen Theil des Kaufpreises ausgezahlt erhalten, so kann er die Deposition des Kaufgeldrestes erst beanspruchen, wenn er die Tilgung der Belastungen des Immobile, soweit letztere über den Betrag des Kaufgeldrestes hinausgehen, herbeigeführt hat.

Rechtsfall. Kläger verkaufte mittelst Contracts vom 9. Septbr. 1861 sein Immobile No. 395 in Bremerhaven an den, während des Processes verstorbenen, Ehemann der Beklagten. In dem Kaufcontracte heißt es:

§ 2. Der Kaufpreis ist festgestellt auf 8500 ℛ Gold, die Zahlung geschieht mit 500 ℛ Gold bei der Lieferung, sodann übernimmt der Käufer die auf dem Immobile haftenden hypothekarischen Schulden ad 7000 ℛ Gold als eigene Schuld sofort bei der Lieferung; den Rest ad 1000 ℛ Gold bezahlt er am 1. Januar 1862 unter Vergütung von 5 % Zinsen vom Tage der Lieferung an gerechnet. — Bis zur Zahlung des vollständigen Kaufpreises reservirt der Käufer sich sein Eigenthumsrecht.

§ 3. Der Verkäufer legitimirt sich als Eigenthümer durch seinen Grundbrief vom 14. Februar 1852 und verspricht dies Immobile dem Käufer unter Angelobung rechtsüblicher Gewährschaft gerichtlich zu verlassen.

Bei der nach Bremischem Rechte eintretenden Abkündigung des verkauften Grundstücks ergab sich die Belastung desselben mit 8000 ℛ Gold handfestarischer Forderungen und einer anderweitigen Forderung von 500 ℛ Gold. Käufer, der bei der am 9. October 1861 erfolgten Lieferung 500 ℛ Gold an den Verkäufer baar gezahlt hatte, verweigerte jede weitere Leistung und stützte die der auf Erfüllung des Contracts gerichteten Klage des Verkäufers opponirte exceptio non adimpleti contractus auf obigen Sachverhalt und andere demnächst nicht weiter verfolgte Momente.

Das Obergericht zu Bremen verurtheilte in erster Instanz und in der Revisionsinstanz die Beklagte zur Zahlung des Kaufgeldrestes von 1000 ℛ Gold nebst Zinsen zu 5 % seit dem 9. October 1861, indem es die Einrede des Beklagten ad separatum verwies und in den Entscheidungsgründen der letzteren freistellte, die Zahlung zum gerichtlichen Depositum zu leisten.

Auf Appellation der Beklagten reformirte das Oberappellationsgericht und erkannte am 31. Januar 1865:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 9. Februar 1863, wie hiemit geschieht, aufzuheben und Kläger mit der wegen eines Kaufgeldrestes von 1000 ℛ Gold nebst Zinsen erhobenen Klage zur Zeit abzuweisen sei.

Die Hälfte der Kosten erster Instanz hat Kläger der Beklagten zu erstatten, während im Uebrigen die Proceßkosten gegen einander verglichen werden.

Entscheidungsgründe.

I. Durch die Nachweisungen der Beklagten in [15] act. des Obergerichts, aus denen hervorgeht, daß in dem Kaufcontracte vom 9. Sept. 1861 [1] ibid. Geestemünde irrthümlich als der Wohnort ihres verstorbenen Ehemannes angegeben worden, daß die Beklagte mit ihren Kindern die Gütergemeinschaft fortsetzt und eine Bevormundung ihrer Kinder nicht eingetreten ist, kann, da Kläger die Sachlegitimation der Beklagten nicht beanstandet, die betreffende Auflage des vorigen Erkenntnisses als erledigt angenommen werden, und kann es dahin gestellt bleiben, ob bei dem vorliegenden Zugeständnisse des Klägers eine solche Auflage von richterlichen Amtswegen statthaft war. Damit fällt die VIII. Beschwerde der Beklagten in jetziger Instanz hinweg.

II. Mit der I., II. und III. Beschwerde verlangt die Beklagte, daß die auf Zahlung eines Kaufgeldrestes von 1000 ℛ Gold nebst Zinsen zu 5 % seit dem 9. Octbr. 1861 erhobene Klage in Gemäßheit der von ihr vorgeschützten Einrede abgewiesen, eventuell angebrachter Maaßen abgewiesen werde, und faßt in der II. Beschwerde diese Einrede dahin zusammen: Kläger habe die Lassung des verkauften Erbes nicht bewirkt und sei zu deren Bewirkung nicht bereit und nicht im Stande, weil, nachdem er bereits einen Theil des Kaufpreises baar ausgezahlt erhalten habe, während der Abkündigungsfrist Angaben erfolgt seien, welche den Betrag des noch rückständigen Kaufgeldes übersteigen und die Lassung hindern. Die

vorigen Richter haben die Beklagte, unter Verweisung ihrer Einrede zur besonderen Ausführung, in die Zahlung des Kaufgeldrestes nebst Zinsen verurtheilt, indem sie in den Entscheidungsgründen darauf hinweisen, daß es der Beklagten freistehe, — womit auch Kläger sich zufrieden erklärt hat, — die Zahlung zum gerichtlichen Depositum zu leisten.

Das Obergericht macht im ersten Erkenntnisse geltend, die exceptio non adimpleti contractus setze voraus, daß die eingeklagte Leistung nach der Natur der Sache oder nach ausdrücklicher Verabredung von der Leistung des Klägers abhängig sei; dies lasse sich hier nicht annehmen, weil der Zahlungspflicht des Käufers ein bestimmter von Bewirkung der Lassung ganz unabhängiger dies beigefügt worden und daher die Einrede in den jetzigen Acten nicht verhandelt werden könne. Das Revisionserkenntniß bezieht sich auf diese Gründe und hebt weiter hervor, daß, wenn in einem Kaufcontracte über ein Bremisches Immobile etwas Anderes nicht ausgemacht worden, es als die Absicht der Contrahenten angesehen werden dürfe, daß Lieferung und Lassung von Seiten des Verkäufers, Zahlung und gesetzliche Mitwirkung bei der Lassung von Seiten des Käufers in einen Moment zusammenfallen, Zug um Zug erfolgen, also auch bei zurückbleibender Leistung des einen Contrahenten der andere Contrahent seine Gegenleistung zurückhalten könne; aber durch den Contract könne etwas Anderes bestimmt, die Lieferung von der Lassung losgerissen und für die Zahlung des Kaufpreises ein anderer Termin als der der Lassung festgesetzt werden und, wenn dieses geschehen, so dürfe die Leistung nicht zurückgehalten werden, welche nach dem Contracte von der Gegenleistung nicht abhängig sein solle. Dergleichen abweichende Bestimmungen über die Lieferung, die Zahlung des Kaufpreises und die Lassung seien im vorliegenden Falle durch den Kaufcontract vereinbart, und die Beklagte könne sich nicht beschweren, wenn ihr Versuch, die in Ermangelung solcher besonderer Verabredungen anwendbaren Rechtsbehelfe für sich geltend zu machen, zurückgewiesen und sie namentlich zur Zahlung der auf den

1. Jan. 1862 versprochenen, also längst fälligen 1000 ℛ angehalten werde. Der Umstand, daß die Zahlung dieser 1000 ℛ nicht wie die der 500 ℛ auf den Moment der Lieferung, sondern so viel später festgesetzt worden, daß inzwischen die Abkündigung füglich habe erfolgt sein können, berechtige die Beklagte nicht, die Zahlung wegen nicht erfolgter Lassung vorzuenthalten, da vertragsmäßig die Zahlungspflicht eben ganz allein von dem Eintritt des vereinbarten Termins abhängig gemacht sei.

III. Diesen Ausführungen konnte nicht beigetreten werden.

1) Die Gesammtheit der dem Verkäufer contractlich obliegenden Leistungen steht, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, zu der Zahlungspflicht des Käufers rechtlich in dem Verhältnisse, daß die letztere aufgeschoben werden darf, bis jene Leistungen vollständig erfüllt sind, und macht auch die Lassung eines Immobile hievon keine Ausnahme, insbesondere dann nicht, wenn dieselbe, wie hier, (im § 3 des Kaufcontracts) ausdrücklich als Gegenleistung vom Verkäufer versprochen worden. Daß das Versprechen der Lassung getrennt von den im § 2 des Contracts enthaltenen Stipulationen über Lieferung und Kaufpreisentrichtung erst im § 3 nachfolgt, vermag offenbar an dem rechtlichen Verhältnisse derselben zur Zahlung des Kaufpreises nichts zu ändern, da die sämmtlichen Contractsbestimmungen als ein Ganzes anzusehen sind. Das Obergericht folgert nun lediglich aus der Verabredung eines festen Zahlungstages für den Kaufpreis, daß es der Wille der Contrahenten gewesen, die Zahlungspflicht des Käufers von den Leistungen des Verkäufers unabhängig zu machen und aus ihrer Wechselbeziehung loszulösen. Diese Folgerung wäre allerdings begründet, wenn bis zu dem festgesetzten Zahlungstage die dem Verkäufer obliegenden Leistungen sich nicht vollständig hätten erfüllen lassen. So liegt aber die Sache hier nicht. Vom 9. Septbr. 1861 (dem Tage des Vertragsabschlusses) bis zum 1. Jan. 1862 ließ sich nicht bloß die Uebergabe (Lieferung) des Immobile, sondern auch die Lassung mit allen vorgeschriebenen Förmlichkeiten sehr gut

vollziehen. Ist dies der Fall, so hat man keinen Grund, der Festsetzung des Zahlungstages eine andere Bedeutung beizulegen, als ihr sonst präsumtiv zukommt, nämlich die der einfachen Hinaussetzung der Fälligkeit der Forderung zu Gunsten des Zahlungspflichtigen. Sollte der dies zugleich zum Nachtheil des Schuldners gereichen, so müßten anderweitige Momente vorhanden sein, die dies als Absicht der Contrahenten erkennen ließen. Daran fehlt es hier gänzlich und ergiebt sich, daß das Rechtsverhältniß der Contrahenten am 1. Jan. 1862 in die Lage versetzt wurde, in welcher es von Anfang an gewesen wäre, wenn es an der Festsetzung eines dies solutionis für den Kaufpreis gefehlt hätte. Daran, daß der dies lediglich zum Besten des Käufers festgesetzt worden, wird auch offenbar durch den Umstand nichts geändert, daß die Hinaussetzung des dies solutionis hinsichtlich der Verzinsung des Kaufpreises dem Schuldner keinen Vortheil brachte, da er durch die Lieferung die vollständige Nutzung des gekauften Immobile erlangte, mithin die von diesem Zeitpunkte an erfolgende Verzinsung des Kaufpreises nur als ein dieser Nutzung entsprechendes Aequivalent erscheint, und daneben ein wesentliches Interesse des Käufers darin bestand, einen Theil des Kaufpreises nicht früher schuldig zu werden, als nach einer zur Bewirkung der Lassung hinreichenden Frist, zumal ihm durch die inzwischen bewirkte Lassung die Herbeischaffung der Geldmittel erleichtert wurde. Daß auch Kläger zur sofortigen Bewirkung der Lassung sich verpflichtet gehalten, geht aus seiner eigenen Anführung hervor: er habe die Abkündigung des verkauften Immobile zeitig befördert, aber es sei die Lassung durch eine von J. C. B. Meyer in Bremen profitirte Forderung gehindert worden.

Hiernach muß angenommen werden, daß hinsichtlich der Abhängigkeit der Leistungen von den Gegenleistungen durch den Kaufcontract nichts Besonderes bestimmt worden, und daß vom 1. Jan. 1862 an jeder Theil, um mit Erfolg klagen zu können, erst seinerseits erfüllen oder gehörig offeriren mußte. Daß Kläger aber Dasjenige, was er an seinem Theile zur

Bewirkung der Lassung zu prästiren hat, bisher nicht in rechtlich wirksamer Weise offerirte, kann er selbst nicht bestreiten, da er sich zwar ausdrücklich erbietet, die Lassung mit zu bewirken, aber nicht in Abrede stellt, daß das von ihm zu beseitigende Hinderniß, welches die bereits früher beabsichtigte Lassung bisher vereitelt hat (die Anmeldung von 500 ℛ durch Meyer), noch fortbesteht, und seine Behauptung, dieses zeitweilige Hinderniß sei immer zu beseitigen, offenbar nicht in Betracht kommen kann.

2) Wollte man aber auch diese Annahme nicht statuiren, so würde immer noch nicht mit dem Obergerichte zu behaupten sein, daß der Käufer unter allen Umständen zur Zahlung der fraglichen 1000 ℛ nebst Zinsen am 1. Januar 1862 verpflichtet war. Es wird vielmehr zu erwägen sein, ob nicht die Einwendung der beklagten Partei, welche sie schon in den Exceptionen dahin formulirt: Kläger habe, bevor er eine fernere Zahlung beanspruchen könne, für Reinigung des Professionsprotocolls zu sorgen,

vergl. [5] Act. des Obergerichts —

für wohl begründet zu erachten ist.

Der Kläger als Verkäufer ist verpflichtet, dafür aufzukommen, daß die Voraussetzungen, unter denen der Käufer die Zahlung des Kaufpreises versprach, ganz so vorhanden sind, wie der über die Berichtigung des Kaufpreises redende § 2 des Kaufcontracts besagt. Durch den § 2 aber, welcher den Käufer zu einer Baarzahlung von 1500 ℛ und zur Uebernahme von 7000 ℛ Hypotheken verpflichtet, womit der ganze Kaufpreis von 8500 ℛ erschöpft ist, versprach der Verkäufer *entweder*, daß nur 7000 ℛ auf dem verkauften Hause haften, *oder*, wenn das Haus für eine größere Summe, sei es wegen handfestarischer Pöste oder durch Profession sonstiger Forderungen verhaftet wurde, daß er die Tilgung der fraglichen Pöste bis auf die contractsmäßige Summe von 7000 ℛ bewirken würde. Mit anderen Worten: der Kläger verpflichtete sich zu einer Baarzahlung an den Verkäufer nur, wenn er in der Lage war, lediglich 7000 ℛ als seine Schuld

zu übernehmen, weil der Verkäufer, der sich 1500 ℛ Baarzahlung versprechen ließ, ihm contractsmäßig nur 7000 ℛ fremde Forderungeu aufbürden durfte. Diese rechtliche Lage der Sache wird selbstverständlich dadurch nicht alterirt, daß zu Gunsten des Käufers für einen Theil des Kaufpreises ein Zahlungsaufschub im Contracte vereinbart wurde. Selbst wenn der Contract bestimmt hätte, daß Käufer sofort bei der Lieferung 7000 ℛ Hypotheken als seine Schuld zu übernehmen und den ganzen Kaufgeldrest von 1500 ℛ baar zu zahlen habe, wäre der Käufer berechtigt gewesen, die Baarzahlung zurückzuhalten, sobald sich herausstellte, daß das Haus wegen 8500 ℛ verhaftet sei.

Da nun Kläger zugesteht, daß das Haus wegen 8500 ℛ theils aus handfestarischen Forderungen, theils aus Professa verhaftet worden, so kann die Beklagte, so lange dieser sie benachtheiligende Zustand dauert, nicht verurtheilt werden, die noch restirenden 1000 ℛ an den Verkäufer zu zahlen.

Auch zur Zahlung von Zinsen ist die Beklagte für jetzt nicht verpflichtet. Denn wenn sie sich auch seit der Uebergabe des Hauses in der vollständigen Nutzung desselben befindet, ohne doch den Kaufpreis ganz gezahlt zu haben, und daher auch ganz abgesehen von den contractlichen Bestimmungen die Zinsen auf den Kaufgeldrest seit der Lieferung des Hauses schon in Gemäßheit gesetzlicher Vorschrift schuldet,

L. 13. § 20. D. de act. empt. (19, 1.)
L. 5. C. eod. (4, 49) —

so kann doch Beklagte, da bereits 500 ℛ baar an den Käufer auf den Kaufpreis bezahlt worden und 8500 ℛ auf dem verkauften Hause haften, während contractlich dasselbe nur mit 7000 ℛ belastet sein sollte, so lange dieser contractlich vorausgesetzte Zustand nicht hergestellt worden, zu ihrer Sicherheit jede weitere Leistung innerhalb der Summe von 1500 ℛ verweigern, mithin auch die Zinsen des Kaufgeldrestes von 1000 ℛ einbehalten, bis dieselben die Summe von 500 ℛ erreichen werden.

Arg. L. 13. § 8. D. de act. emti. vend. (19, 1.)

3) Es fragt sich weiter, ob die Verurtheilung der Beklagten auf Grund der Bestimmungen der Bremischen Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 etwa in der Form zulässig sei, daß ihr aufgegeben wird, den Kaufgeldrest von 1000 ₰ nebst Zinsen zum gerichtlichen Depositum zu zahlen. Nach den einschlagenden Bestimmungen der Erbe- und Handfesten-Ordnung ist, soweit es die Veräußerung unter der Hand angeht, die Berichtigung des Kaufpreises in zweierlei Weise ausführbar. Entweder der Käufer deponirt den Kaufpreis, um die Tilgung der Handfesten und der Professa selbst zu bewirken. Oder der Käufer zahlt an den Verkäufer, indem er demselben das Vertrauen schenkt, daß derselbe die auf dem Immobile haftenden Ansprüche Dritter richtig angegeben habe oder doch die Richtigkeit dieser Angaben herstellen werde. In dem letzteren Falle ist, um die Befreiung des Immobile von den profitirten Ansprüchen zu bewirken, die Einwilligung der Profitenten erforderlich, welche der Verkäufer herbeizuführen hat.

Erbe- und Handf.-Ordn. § 52 u. § 60.

Das Gesetz scheint von der Voraussetzung auszugehen, daß der ganze Kaufpreis zur Deposition gebracht werden muß, weil nur in diesem Falle die Wirkungen des § 52 cit., daß die Verhaftung des Immobile für die handfestarischen und sonstigen Forderungen wegfällt, vollständig eintreten können.

Vergl. auch E.- u. H.-O. § 11.

Ist dies die Meinung des Gesetzes, so kann der Kläger, welcher bereits die Baarzahlung eines Theils des Kaufpreises angenommen hat, die Deposition des Kaufgeldrestes überall nicht mehr begehren. Aber auch, wenn man die bezüglichen Vorschriften der Erbe- und Handfesten-Ordnung dahin verstehen will, daß der Verkäufer, welcher bereits einen Theil des Kaufpreises erhalten hat, berechtigt ist, statt der Baarzahlung des Kaufgeldrestes die Deposition desselben zu verlangen, damit dieser auf die angemeldeten Forderungen adjudicirt werde, so liegt doch in diesem Falle, wenn der Betrag der Professa größer ist, als der noch in Frage stehende Kaufgeldrest, dem Verkäufer die Verpflichtung ob, das Grundstück

von dem Mehrbetrage der Schulden zu befreien und dies nachzuweisen, also den Verzicht der betreffenden Gläubiger hinsichtlich ihrer Professa beizubringen. Beide Theile also wären in einem solchen Falle verpflichtet, zur Reinigung des Professionsprotocolles mitzuwirken. Der Kläger mußte daher, um mit Erfolg klagen zu können, mit seiner Leistung vorangehen, und begehrt die Beklagte mit Recht, daß Kläger erst die Tilgung des in 500 ℳ bestehenden Mehrbetrages der Belastung des verkauften Hauses herbeiführe, ehe er auf Deposition des Kaufgeldrestes dringen könne.

IV. Nach dem Ausgeführten ist die Einrede der Beklagten, womit sie vorläufig jede weitere Erfüllung des Kaufcontracts ihrerseits ablehnt, für begründet zu erachten, und da auch die Thatsachen, auf welche die Beklagte ihre Einrede stützt, unter den Parteien nicht bestritten sind, so lag kein Grund vor, diese Einrede ad separatum zu verweisen; es war vielmehr in Gemäßheit derselben die erhobene Klage zur Zeit abzuweisen, womit zugleich die übrigen eventuellen Beschwerden der Beklagten sich erledigen.

V. Wenn auch die Klage zur Zeit abgewiesen werden mußte, so war doch Kläger, da die beklagte Partei in erster Instanz noch weiter gehende in den Acten verhandelte Einwendungen gegen die Klage vorgeschützt hat, welche von ihr demnächst aufgegeben sind, nur in die Hälfte der Kosten erster Instanz zu verurtheilen, während die andere Hälfte dieser Kosten, so wie wegen des Wechsels der Entscheidungen die Kosten der vorigen und der jetzigen Instanz zu compensiren waren.

13. Hamburg.

Chr. D. S. Gerrits zu Hamburg, Querulant, die Unterbringung seiner minderjährigen Tochter betreffend. (Extrajudicial-Appellation.)

Competenz des Oberappellationsgerichtes. Wenn demselben in einer Sache keine Entscheidung in appellatorio eingeräumt ist, so macht auch der Fall, wo wegen Verwerfung einer Richtigkeitsbeschwerde Berufung ergriffen wird, keine Ausnahme davon.

Rechtsfall: G. hatte gegen zwei, auf Anlaß eines zwischen ihm und seiner geschiedenen Ehefrau anhängigen Rechtsstreites wegen der einstweiligen Unterbringung seiner minderjährigen Tochter, von der Vormundschafts-Deputation getroffene Verfügungen beim Obergericht die Richtigkeitsbeschwerde erhoben, und appellirte gegen die Verwerfung dieses Rechtsmittels an das O.-A.-Gericht.

Oberappellationsgerichtliches Erkenntniß vom 16. Februar 1865.

In Erwägung

1) daß der § 34 der Oberappellationsgerichts-Ordnung die näheren Bestimmungen über die Competenz des O.-A.-Gerichts für Extrajudicialappellationen der Gesetzgebung der einzelnen freien Städte überlassen hat;

2) daß nach Art. 106 und 107 der Hamburgischen Vormundschaftsordnung von 1831 und 1844 in denjenigen Fällen, wo die Vormundschaftsdeputation in erster Instanz eine Verfügung getroffen hat, jede Competenz des O.-A.-Gerichtes als Appellationsinstanz für ausgeschlossen erachtet werden muß, indem bei allen Beschwerden über solche Verfügungen das Obergericht allein dergestalt als höhere Instanz angeordnet ist, daß, wenn dasselbe confirmatorisch spricht, es dabei sein Bewenden behalten, im Fall einer abändernden Entscheidung aber nur noch das Rechtsmittel der Restitution

stattfinden und darüber vom Plenum des Obergerichts unabänderlich erkannt werden soll;

3) daß, wenn dem O.-A.-Gericht in einer Sache überhaupt keine Entscheidung in appellatorio eingeräumt worden ist, auch der Fall, wo die Verwerfung einer gegen Verfügungen erster Instanz erhobenen Richtigkeitsbeschwerde den Gegenstand der Appellation bildet, davon nicht ausgenommen werden kann, wie dies noch vor Kurzem in der Proceßsache des jetzigen Appellanten gegen seine geschiedene Ehefrau in dem Urtheil vom 20. Juli vorigen Jahres ausgesprochen worden ist;

4) daß bei der hiernach klar vorliegenden Unstatthaftigkeit der Appellation die, ohne die Voracten des Obergerichts nicht vollständig zu beurtheilenden Formalien dahin gestellt bleiben können;

erkennt das Oberappellations-Gericht der vier fr. St. D. für Recht:

daß die wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 7. Januar 1865 ergriffene Appellation, wenn auch die Förmlichkeiten derselben gewahrt sein sollten, wie hiemit geschieht, als unstatthaft zu verwerfen, und der Appellant in die dadurch verursachten Kosten zu verurtheilen sei.

Bremen. 14.

Untersuchungssache wider die Eisenbahn-Angestellten **H. J. Arends, F. W. Schäfer** und **D. Haake** wegen angeschuldigten Verbrechens gegen die Sicherheit des Eisenbahnbetriebes.

Rechtsfall: Dem am 24. Sept. 1862 auf der Bremen-Hannover'schen Eisenbahn in der Richtung nach Hannover von Bremen um 7 U. 14 M. p. M. (zu einer Zeit völliger Dunkelheit) expedirten Personenzuge folgte in gleicher Richtung unmittelbar nach seiner Abfahrt ein Extra-Güterzug, geführt von dem Inculpaten Schäfer als Locomotiv- und dem Inculpaten Arends als Zugführer. Auf der ersten, auf

Bremer Gebiet belegenen, etwa $^3/_4$ Meilen von Bremen entfernten Station Sebaldsbrück erreichte der nachfolgende Güterzug den vorher abgegangenen, an dieser Station noch haltenden Personenzug und stieß auf denselben, wodurch eine nicht unerhebliche Verletzung von Personen und ein ziemlich beträchtlicher Schaden an Wagen, Geräthe u. s. w. herbeigeführt ward.

Auf von der Betriebsdirection des Bremer Bahnhofs an die General=Direction zu Hannover erstatteten, deßfallsigen Bericht forderte diese Letztere den Bremer Eisenbahn=Commissair, Senator Albers auf, die Einleitung einer Untersuchung zu veranlassen.

Dies geschah, und zwar endigte die Untersuchung, welche ihre Richtung gegen die drei in rubro aufgeführten Personen genommen hatte, damit, daß der Angeklagte Haake (Weichenwärter zu Sebaldsbrück) in Betreff der unterlassenen Signalisirung des Personenzuges freigesprochen, die Mitangeklagten Arends und Schäfer durch Erkenntniß des Bremer O.=Gerichts vom 11. Juli 1863 dagegen einer groben Fahrlässigkeit für schuldig erkannt und deßhalb in eine Gefängnißstrafe von resp. $1^1/_2$ und 2 Jahr Gefängniß, so wie solidarisch in die Kosten der Untersuchung verurtheilt wurden.

Als in Folge der Berufung der Inculpaten die Sache an das O.=A.=G. gelangte, verfügte dieses Letztere zunächst durch Instructorium vom 15. Oct. 1863 (aus welchem das Nähere unten mitzutheilen ist) eine Wiederaufnahme resp. Vervollständigung der Untersuchung, und sprach sodann auf die in solcher Weise vervollständigt wieder eingegangenen Acten beide Angeklagten durch Erkenntniß vom 21. Febr. 1865 sowohl von Strafe als auch von Ersatz der Untersuchungskosten frei.

---

1) Erkenntniß des Bremer Ober=Gerichts vom 11. Juli 1863.

Daß die Inculpaten Harm Jan Arends und Friedrich Wilhelm Schäfer einer groben, für Menschen und Sachen bei deren Beförderung auf der Eisenbahn Gefahr bringenden

Fahrlässigkeit, welche am 24. September 1862 bei Sebaldsbrück einen Unfall verursacht hat, in Folge dessen eine Person verletzt und ein beträchtlicher Schaden an dem Betriebs-Material der Eisenbahn herbeigeführt ist, für schuldig zu erkennen, und deshalb in eine Gefängnißstrafe, welche für Friedrich Wilhelm Schäfer auf zwei Jahre, für Harm Jan Arends auf achtzehn Monate zu bemessen ist, so wie solidarisch zum Ersatz der Kosten der Untersuchung, nicht minder jeder der beiden Coinculpaten in die Kosten seiner Haft zu verurtheilen seien;

daß dagegen der Coinculpat Diedrich Haake von der wider ihn erhobenen Anschuldigung kostenlos freizusprechen sei.

Am 24. Septbr. 1862 erfolgte auf der Station Sebaldsbrück der Hannover-Bremer Eisenbahn im Bremischen Gebiete ein Zusammenstoß zweier Züge, indem auf den zur fahrplanmäßigen Zeit, um 7 Uhr 10 Minuten Abends, von Bremen abgegangenen, in Sebaldsbrück haltenden Personenzug ein demselben nachfolgender Extra-Güterzug von 28 Güterwagen-Axen aufrannte. Durch diesen Zusammenstoß ist eine Person erheblich verletzt und ein beträchtlicher Schaden am Betriebs-Material der Eisenbahn verursacht.

Da der Unfall nach den vorläufigen Ermittelungen durch ein Verschulden verschiedener Eisenbahn-Beamten herbeigeführt zu sein schien, auf welches die Verordnung vom 26. Novbr. 1849 in Anwendung zu bringen sei, ist dieserhalb eine Criminaluntersuchung eröffnet worden. Nach derselben hat sich herausgestellt, daß, nachdem der Personenzug den hiesigen Bahnhof verlassen hatte, alsbald (ungefähr 1½ Minuten später) der Güterzug hinter demselben herfuhr, sowie daß die Bremsen auf letzterem nicht besetzt waren, und daß vor der Station zu Sebaldsbrück ein Haltesignal nicht gegeben war, so daß, als der daselbst noch haltende Personenzug von den auf der Maschine des Güterzugs befindlichen Personen wahrgenommen wurde, dieser nicht mehr zum Stehen gebracht werden konnte.

Durch das Zusammenwirken dieser Umstände ist der Unfall herbeigeführt. Es wird sich daher fragen, ob und wieweit dieselben in rechtswidrigem Handeln oder Unterlassen ihren Grund haben und wem ein solches zur Schuld anzurechnen sei.

1. Das zu rasche Folgen des Güterzuges auf den Personenzug enthielt eine Ordnungswidrigkeit, indem nach den für das Folgen zweier Züge auf demselben Gleise aufgestellten Vorschriften ein nachfolgender Zug von seinem Standorte nicht eher abfahren darf, bis von der Zeit der Abfahrt des in derselben Richtung voraufgegangenen Zuges bei Tage vier, bei Dunkelheit acht Minuten verflossen sind; ferner wenn der nachfolgende Zug dem vorangegangenen Zuge auf der offenen Bahn in eine größere Nähe kommen sollte, als solche bei Einhaltung der vorgeschriebenen späteren Abfahrtszeit vorauszusetzen, er jedenfalls um zwei Telegraphenstationen hinter demselben zurückbleiben soll, und endlich der Führer, wo er den vorangehenden Zug wegen der Curven oder des Terrains oder wegen eintretender Dunkelheit oder trüben Wetters aus dem Gesichte verliert, langsamer fahren muß, um nöthigenfalls ohne Schwierigkeit sogleich anhalten zu können,

Dienstanweisung für Locomotivführer [6] § 19.
Dienstanweisung für Oberschaffner (Zugführer) [20] § 43.

und diese Vorschriften nicht beachtet sind. Verantwortlich dafür erscheint zunächst der Coinculpat Locomotivführer Fr. W. Schäfer, da er als Locomotivführer die Leitung der Maschine des nachfolgenden Güterzuges hatte und in seiner Instruction die gedachten Vorschriften sich ausgedrückt finden. Derselbe behauptet aber von dieser Verantwortlichkeit frei zu sein, weil die Vorschriften des § 19 seiner Instruction hinsichtlich des Zeitraumes von acht Minuten, welcher verflossen sein müsse, ehe der zweite Zug dem ersten folgen dürfe, längst obsolet geworden seien, und weil der Coinculpat Arends den Güterzug als Zugführer begleitet und die Abfahrt angeordnet habe, welcher Anordnung, als der des Vorgesetzten, von Seiten des Locomotivführers Folge zu leisten gewesen sei.

image
not
available

Alles in Ordnung ist", so wie, daß „er noch herumkommen wolle." Arends seinerseits leugnet, dem Schäfer gesagt zu haben, er solle abfahren; allein nach der Aussage der Zeugen Bose und Duckstein ist es als erwiesen anzunehmen, daß er wenigstens eine Aeußerung gethan habe, welche dahin ging, daß Alles zur Abfahrt fertig sei.

Der Coinculpat Schäfer will nun aus dem Umstande, daß Arends mit den Papieren die Maschine bestieg und die eben gedachte Aeußerung that, sich für berechtigt gehalten haben, den Arends als seinen Zugführer anzusehen und für verpflichtet, der Anweisung desselben zur sofortigen Abfahrt nachzukommen. Allein Beides mit Unrecht. Denn was ersteres anlangt, so durfte nach dem entschiedenen Ausspruche aller Oberbeamten,

der Generaldirection in [18]
des Directors Hartmann, Prot. S. 6.
des Bahnhofsverwalters Barber, Prot. S. 3.
des Assistenten Pleuß, Prot. S. 13,

der Locomotivführer den Bremser Arends nicht als den Zugführer ansehen oder dies doch nur dann, wenn er ihm ausdrücklich als solcher vorgestellt wäre. Jedenfalls involvirte es eine Fahrlässigkeit, wenn Schäfer sich nicht wenigstens bei Arends selbst erkundigte, ob dieser angewiesen sei, als Zugführer zu fungiren. Ebenso wenig aber durfte Schäfer, auch wenn er den Arends irrthümlich als Zugführer angesehen, ohne sich dem Vorwurfe einer Fahrlässigkeit auszusetzen, auf die nicht einmal ihm direct ertheilte Anweisung, sondern nur auf die Frage des Feuermanns gegebene Antwort des Arends hin, seiner Instruction zuwider vor Ablauf der vorschriftsmäßigen Frist abfahren, indem nicht nur er sich bewußt sein mußte, daß dadurch eine bedeutende Gefahr — zumal in der Dunkelheit — herbeigeführt werde, und nicht hätte unterlassen dürfen, wenigstens durch eine desfallsige Bemerkung oder Frage an die Gefahr zu erinnern und derselben thunlichst vorzubeugen, sondern auch er gradezu gegen seine Instruction verfuhr, welche im § 26 ihm vorschreibt, daß der Locomotiv-

führer für die Abfahrt einer solchen Locomotive, welche nicht die fahrplanmäßigen oder regelmäßig angeordneten Züge führt, oder nicht etwa auf Anordnung, resp. Anforderung des Bahnhofsvorstandes selbst in Bewegung gesetzt wird, die besondere Gutheißung des Bahnhofsvorstandes zur Abfahrt haben oder einholen muß, es sei denn, daß ein dem Bahnhofsvorstande vorgesetzter Beamter einen solchen Zug oder eine solche Locomotive abfahren läßt, in welchem Falle dieser Vorgesetzte dafür zu sorgen hat, daß der Bahnhofsvorstand von der verfügten Abfahrt in Kenntniß gesetzt werde. Dies bestätigen auch Barber und Hartmann, und ist in Uebereinstimmung damit im § 3 der Dienstanweisung [6] der Zugführer nur als Vorgesetzter des Locomotivführers während der Reise bezeichnet.

Hienach kann, da Schäfer wußte, daß Arends als Bremser jedenfalls nur ein untergeordneter Beamter war, und er sich daher überzeugen mußte, daß die instructionswidrige raschere Abfahrt von dem Bahnhofsvorstande (in concreto Pleuß) angeordnet sei, er schon um deswillen von dem Vorwurfe einer Fahrlässigkeit nicht freigesprochen werden, wenn er, ohne irgend weitere Erkundigung über die Genehmigung oder Anordnung der Abfahrt von Seiten des Bahnhofsverwalters einzuziehen, sich bei der Annahme, Arends sei der Zugführer, beruhigte und nachdem Arends mit den Papieren auf die Maschine gestiegen war, dem voraufgegangenen Zuge folgte. Ob Arends selbst sich als Zugführer angesehen oder nicht und welchen Grund dieser selbst dafür gehabt haben mag, ist für die Frage, welche Verantwortlichkeit den Coinculpaten Schäfer trifft, nicht von Gewicht, da Letzterer seine desfallsige Annahme nur aus den obengedachten dazu nicht berechtigenden Umständen schöpfte. Ebenso bedarf es kaum der Bemerkung, daß die Entschuldigung Schäfers, er habe annehmen müssen, daß Arends als Zugführer die richtige Abgangszeit angegeben habe, und sei deshalb, ohne genau darauf zu achten, ob die acht Minuten bereits verstrichen gewesen seien, abgefahren, nichts auf sich hat, da es ihm nicht ent-

gehen konnte, daß seit Abfahrt des Personenzuges höchstens eine bis zwei Minuten verstrichen waren, der erhebliche Unterschied zwischen der vorgeschriebenen und wirklich eingehaltenen Zwischenpause also sehr auffallend und bemerklich war.

Diesemnach war Schäfer weder berechtigt, den Arends als Zugführer anzusehen, noch selbst, wenn er dazu wirklich besseren Grund gehabt hätte, ohne Weiteres auf dessen Aeußerung hin abzufahren.

Es sind also die beiden von ihm vorgebrachten Entschuldigungen für triftig keineswegs zu halten.

Außer dem zu frühzeitigen Abfahren aus dem Bahnhofe trifft den Coinculpaten Schäfer aber auch noch der Vorwurf, daß er sich nicht in einer solchen Entfernung von dem voraufgehenden Zuge gehalten hat und so langsam gefahren ist, daß er ohne Schwierigkeit sogleich anhalten konnte. Dies ist durch den § 19 der Instruction ausdrücklich vorgeschrieben und im § 16 daselbst bei Extrafahrten ganz besondere Vorsicht dem Locomotivführer geboten, der unter Umständen sogar anzuhalten und eine Untersuchung, ob ohne Gefahr weiter gefahren werden könne, vornehmen zu lassen angewiesen ist, namentlich wenn wegen Krümmungen der Bahn oder Dunkelheit die Bahn oder die Uebergänge nicht übersehen werden können.

Wie Schäfer nun selbst angiebt,

[3] pg. 5.

und Duckstein

Prot. S. 27,

bestätigt, hat er von dem vorangehenden Personenzuge Nichts mehr gesehen. Er hat zwar dem Feuermann den Auftrag gegeben, gut aufzupassen, weil der Personenzug vor ihnen sei, allein es kann das nicht als die genügende Erfüllung seiner Pflicht angesehen werden, da er doch nicht so langsam gefahren ist, daß er sogleich ohne Schwierigkeit hätte anhalten können. Nach seiner und der Angabe Ducksteins und des Weichenwärters Haake ist die Schnelligkeit der Fahrt nicht so bedeutend gewesen, daß nicht, wenn Bremser auf den

Wagen gewesen wären, das Unglück hätte verhütet werden können.

Allein diese Ansicht auch als richtig angenommen, so liegt schon darin ein Versehen, daß Schäfer mit der gewöhnlichen Geschwindigkeit gefahren ist, was daraus ersichtlich ist, daß er auf den Personenzug, welcher in Sebaldsbrück zwei Minuten Aufenthalt hat,

Prot. S. 21 in fine,

traf, als dieser erst etwas länger als eine Minute daselbst gehalten hatte,

cf. [3] Nr. 5. 6,

während er die dringendste Veranlassung in seiner Instruction und durch die obwaltenden Umstände hatte, besonders langsam zu fahren, indem er wußte, daß er nach sehr kurzem Zwischenraume dem Personenzug gefolgt war, und er sich, als er in der Dunkelheit diesen nicht sah, nicht mit dem Gedanken beruhigen durfte, der Zug sei schon weiter voraus.

Schäfer macht dabei, wie auch für die Nothwendigkeit des früheren Abfahrens von Bremen als Entschuldigungsgrund noch geltend, daß er mit der leeren Maschine in Eystrup mit dem Personenzuge von Hannover habe kreuzen und deshalb dem Personenzuge möglichst rasch habe folgen müssen. Der Maschinenverwalter Büte bestätigt dies insofern, als er angiebt, es sei durchaus Regel, daß die Kreuzung in Eystrup stattfinde. Dagegen erklärt der Bahnhofsverwalter Barber, daß der Güterzug durchaus keine Eile gehabt habe und die Kreuzung so gut wie in Eystrup auf irgend einer andern Unterstation habe erfolgen können. Daß es nicht nothwendig gewesen sei, mit der Maschine den Hannover-Zug in Eystrup zu kreuzen, geben Schäfer, so wie Büte, zu. Es kann daher für Schäfer der Umstand, daß der Regel nach in gewöhnlichen Fällen die Kreuzung in Eystrup geschieht, allerdings wohl einigermaßen entschuldigend angesehen werden, aber doch nicht so weit, um ihn gänzlich von dem Vorwurfe, daß er es an der gehörigen Ueberlegung und Sorgfalt habe fehlen lassen, die er in dem concreten Falle hätte anwenden müssen (wodurch

eben die Fahrlässigkeit begründet wird), freizusprechen, sondern nur so weit, um die Fahrlässigkeit resp. Pflichtverletzung hinsichtlich dieses Punktes als nur geringeren Grades erscheinen zu lassen.

Die erste der oberwähnten Ursachen, welche den Unfall herbeigeführt haben, das zu rasche Folgen des Güterzugs auf den Personenzug, ist demnach vorzugsweise einer Verschuldung des Coinculpaten Schäfer beizumessen. Daneben trifft aber, wenngleich in weit geringerem Grade, den Coinculpaten Arends eine Verschuldung wegen des zu frühen Abfahrens des Güterzuges. Wie schon erwähnt, will er zwar nicht die Abfahrt angeordnet haben, allein er bestreitet doch nicht die Aeußerungen, welche durch die Aussagen der Zeugen Duckstein und Bose erwiesen sind. Wenn er — ob mit Recht oder Unrecht — sich als Zugführer ansah, so mußte er darin eine Aufforderung mehr finden, Alles zu vermeiden, was eine Gefahr für den Zug herbeizuführen geeignet sein konnte. Davon aber auch abgesehen mußte er sich sagen, daß, als er mit den Papieren für den Zug auf die Maschine sich postirt hatte, seine Antwort auf die Frage, ob Alles fertig sei und abgefahren werden könne, einer Mißdeutung sehr leicht unterliegen oder derselben die Folge gegeben werden konnte, wie es in der That geschehen ist. Wußte er aber nicht genau, wann abzufahren sei, so wäre es seine Sache gewesen, sich darüber vorher genau zu instruiren. Denn wenn er auch von dem Assistenten Pleuß Nichts weiter gehört hätte, als die Worte „wenn der Personenzug expedirt (oder abgefahren) ist, fahren Sie ab", ohne die von Pleuß nach dessen Angabe beigefügten Worte „und Alles in Ordnung ist" oder „er komme noch herum", so wäre ihm damit noch keineswegs gesagt gewesen, daß unmittelbar hinter dem Personenzuge her abgefahren werden solle, und es erforderte nur einen geringen Grad von Ueberlegung, um zu beurtheilen, daß ein angemessener Zeitraum — und zwar ein größerer, als seit der Abfahrt des (eben bis zum Kirchhof gelangten) Personenzugs verstrichen war — zwischen den beiden Abfahrten liegen müsse,

wenn eine Gefahr vermieden werden solle. Kannte er nun die Instruction (für den Zugführer) über das Folgen verschiedener Züge auf demselben Gleise nicht, so lag jedenfalls eine Fahrlässigkeit darin, daß er, ohne sich bei Pleuß oder wie sonst genauer vorab zu informiren, sich so gerirte, als wisse er, wann abzufahren sei und als habe er dies auszusprechen. Ob Arends aber wirklich nicht gewußt habe, daß instructionsmäßig acht Minuten Zwischenzeit sein mußte und ob er nicht, da nach der Dienstanweisung für den Bremser,

§ 24. [4],

dieser den Dienst der Schaffner genau kennen soll und der Schaffner nach

§ 5. [21],

den Oberschaffner als Zugführer vertreten und dessen Amtspflichten kennen soll, die betreffende Vorschrift des

§ 43. [20],

hätte kennen müssen, (womit die Erklärungen der Oberbeamten, daß Bremser nie Zugführer sein können, nicht ganz zu passen scheinen), muß in Ermangelung näherer Ermittelungen darüber dahingestellt bleiben.

2) Als eine zweite Ursache des Unfalls ist der Umstand bezeichnet, daß die Bremsen auf dem Güterzuge nicht besetzt gewesen sind.

Hätte eine gehörige Besetzung der Bremsen stattgefunden, so hätten nach der oben erwähnten Aussage von Schäfer, Duckstein und Haake der Zug vor dem Auffrennen wahrscheinlich noch zum Stehen gebracht werden können, oder es wäre die Heftigkeit des Zusammenstoßes doch vermindert worden. Darin, daß die Bremsen nicht besetzt waren, lag entschieden eine Ordnungswidrigkeit. Der Zug hatte 28 Axen und mußten deshalb zwei Bremsen auf demselben besetzt sein.

Prot. S. 2 25. [20] § 38.

Der Coinculpat H. J. Arends, welcher als Bremser angestellt ist, war von dem Assistenten Pleuß zur Begleitung des Zuges angewiesen. Er will, wie oben ausgeführt, den Auftrag so verstanden haben, als habe er als Zugführer den Güterzug begleiten sollen. Allein abgesehen davon, daß er

gezeigter Maßen zu ſolcher Annahme nicht berechtigt war, hätte er ſelbſt dann dafür ſorgen müſſen, daß die Bremſen beſetzt wären; denn daß dies nothwendig ſei, mußte ihm als Bremſer bekannt ſein. Er durfte daher, da das Bremſen ſein eigentliches Amt war, nicht ſeinen Platz auf der Maſchine nehmen und den Bremſerplatz unbeſetzt laſſen.

Depoſ. v. Barber Prot S 3.
„ „ Hartmann S. 6.
[18] pg. 4.

Dazu kommt aber noch, daß Pleuß ihm ausdrücklich aufgetragen hatte, noch einen Mann dazu zu nehmen. Da zwei Bremſen auf dem Zuge beſetzt ſein mußten, konnte dies vernünftiger Weiſe keinen andern Sinn haben, als daß Arends dafür ſorgen ſolle, daß auch die zweite Bremſe in dem Zuge beſetzt werde. Er kann ſich nicht damit entſchuldigen, daß er ſagt, er habe Niemanden zu commandiren gehabt. Denn wenn es ihm nicht möglich geweſen wäre, den Auftrag auszuführen, ſo wäre es ſeine Pflicht geweſen, ſolches dem Bahnhofsverwalter, hier Pleuß, anzuzeigen. Keinenfalls durfte er, ohne ſich weiter an den ertheilten Auftrag zu kehren, ſich auf die Maſchine ſtellen und den Zug, ohne daß die Bremſen beſetzt geweſen wären, abfahren laſſen.

Daß es übrigens ſehr wohl thunlich geweſen wäre, einen der Bremsarbeiter zum Dienſte auf dem Güterzuge heranzuziehen, ergiebt ſich daraus, daß der Bremsarbeiter Bütter mit vier Bremsarbeitern in dem Perſonenzuge nach Wunſtorf mitfuhren, von denen alſo nur Einer den Beſcheid zu erhalten brauchte, mit dem Güterzuge zu gehen, welchen Beſcheid zu geben nach dem ihm von Pleuß ertheilten Auftrage Sache des Coinculpaten Arends geweſen wäre. Die Nichtbefolgung dieſes Auftrages involvirt mithin eine Pflichtverletzung, die nahezu an eine abſichtliche ſtreift. — Daß ſich Arends dieſer Plichtverletzung auch wohl bewußt geweſen iſt, ergiebt ſich aus ſeinem Beſtreben, dieſelbe zu verdunkeln, indem er die Bremsarbeiter Bütter und Wittenberg II. zu bereden ſuchte, auszuſagen, Bütter ſei auf dem Güterzuge geweſen, und ſeine

Entschuldigung, daß er die genannten beiden Zeugen nur um deswillen aufgefordert habe, zu sagen, daß sie gebremst hätten, um die Aufregung der in Sebaldsbrück versammelten Menge zu beschwichtigen, wird durch die Deposition Bütters und Wittenbergs, wonach Arends ihnen gesagt hat, „wenn Sie nun vor müssen" resp. „wenn Sie gefragt werden," und den Umstand widerlegt, daß er selbst nicht nur dem Zeugen Duckstein, sondern auch bei seiner Vernehmung im Bureau der Maschinenverwaltung am 25. Septbr. 1862 erklärte, er habe einen Bremser im Zuge gehabt (den Arbeiter Bütter), wonach es bei dieser unwahren Angabe also auf eine Beruhigung des Publicums nicht abgesehen sein konnte.

3) Da der Güterzug als dem Personenzuge folgend signalisirt und den Weichenwärtern bei den Stationen Nr. 103. 104 mitgetheilt war, daß dem Personenzuge der Güterzug folgen werde, so hätte nach der Dienstanweisung für die Weichen-, Bahn- und Hülfswärter,

[22] § 24,

als der Personenzug auf der Station Sebaldsbrück hielt, für den folgenden Zug das Haltesignal bei der Station Nr. 103 gegeben werden müssen und dann bei Station 104 das zum Langsamfahren.

Prot. S. 31.

Daß dies nicht geschehen sei, sondern auf Station 103 nur das Signal zum Langsamfahren stand, als der Güterzug ankam, ist anerkannt. Auch scheint es als unbezweifelt angenommen werden zu können, daß, wenn die richtigen Signale bei Nr. 104 und 103 gegeben gewesen wären, es dem Locomotivführer des Güterzuges möglich gewesen sein würde, mit seinem Zuge vor der Station Sebaldsbrück zu halten. — Den Dienst bei Nr. 103 hatte der als Weichenwärter angestellte Coinculpat Diedrich Haake. Er würde mithin zunächst als für das Fehlen des richtigen Signals verantwortlich erscheinen. Derselbe hat jedoch zu seiner Entschuldigung Gründe angeführt, welche für triftig gehalten werden müssen und eine Verschuldung auch von andrer Seite, als der des

Inculpaten, in Bezug auf die Signalgebung nicht indicirt erscheinen lassen.

Es ist nämlich, da die Station Nr. 103 vor dem Stationsgebäude zu Sebaldsbrück von Bremen aus sich befindet, ein von Bremen kommender Zug, wenn in Nr. 103 das Haltesignal stände, also schon bei dem Uebergange 103 vor dem Stationsgebäude würde halten müssen, der Wärter D. Haake von dem Inspector Fischer angewiesen, bei den Personenzügen anstatt des Haltesignals das Signal zum Langsamfahren zu geben, und hat der Stationsvorstand Rust dem Coinculpaten geheißen, diese Anordnung ferner zu befolgen, wie dies denn auch geschehen ist, so daß, da der Stationsvorstand der Vorgesetzte des Coinculpaten Haake ist, den Letzteren wegen Befolgung dieser Anweisung kein Vorwurf trifft.

Daß ferner Haake das Haltesignal nicht gegeben hat, als er den Güterzug vor Nr. 104 pfeifen hörte und bei Nr. 104 vorbeifahren sah, dafür muß der für ausreichend constatirt zu haltende Umstand, daß es bei dem raschen Herankommen des Güterzuges zum Geben des Signals an Zeit gefehlt, und ein großer Andrang des Publicums bei Nr. 103 stattgefunden habe, als ausreichende Entschuldigung gelten, und endlich ist seiner Angabe, daß er, als er das Telegraphen-Signal zu geben sich außer Stande gesehen, durch Schwenken seiner Handlaterne das Zeichen zum Anhalten gegeben habe, nicht widersprochen. Die auf dem Güterzuge befindlich gewesenen Personen sind hierüber zwar nicht besonders vernommen, noch haben sonstige Erhebungen dieserhalb stattgefunden. Es scheint indeß, den obwaltenden Umständen nach, eine Vervollständigung der Untersuchung in Betreff dieses Punktes jetzt nicht mehr angeordnet werden zu müssen.

II. Die Folge, welche der Zusammenstoß des Güterzuges mit dem in Sebaldsbrück haltenden Personenzuge gehabt hat, ist

1) die gewesen, daß der Taglöhner F. Helberg eine erhebliche Körperverletzung erlitten (eine Rippe zerbrochen hat), so daß er in das Krankenhaus hat gebracht werden müssen.

Derselbe hat am 13. October bei der Eisenbahn=Betriebs=Direction sich gemeldet, um nach Celle zu reisen. Genaueres ist, obwohl dies vom Criminalgerichte nicht hätte unterlassen werden sollen, darüber nicht constatirt.

Es wird hienach anzunehmen sein, daß eine bleibende Gesundheitsstörung des Helberg nicht eingetreten ist, sondern nur eine vorübergehende und mehrwöchentliche Arbeitsunfähigkeit desselben.

2) Durch Beschädigung oder Zerstörung von Sachen ist ausweise

[9. 10.]

ein Schaden zum Betrage von Crt. ℘ 834. 25 gr. 1 ₰ entstanden, also ein nach Maßgabe von Art. IV. Pos 3 und V. des Gesetzes vom 26. Nov. 1849 als beträchtlich zu bezeichnender.

III. Wie ad I. ausgeführt worden, ist der objective Thatbestand eines Verbrechens gegen die Sicherheit des Eisenbahnbetriebes hergestellt, sowie, daß derselbe den Coinculpaten Schäfer und Arends zur Last zu legen, der Coinculpat Haake aber davon freizusprechen ist.

Das Gesetz, welches darauf in Anwendung gebracht werden muß, ist die am 26. Novbr. 1849 publicirte Verordnung, die Bestrafung von Verbrechen gegen die Sicherheit des Eisenbahnbetriebes betreffend.

Dasselbe unterscheidet zwischen den vorsätzlich und den aus Fahrlässigkeit begangenen Handlungen, durch welche für Menschen oder Sachen bei deren Beförderung auf der Bahn eine Gefahr entsteht. Daß in concreto vorsätzlich von einem der Inculpaten die Störung des Bahnbetriebes und die dadurch entstandene Gefahr veranlaßt sei, dafür enthalten die Acten keine Anhaltspunkte, dagegen ist es erwiesen, daß beide sich einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht haben. Da beide Coinculpaten Eisenbahn=Officianten sind, so konnten sie sich einer strafbaren Fahrlässigkeit, sowohl durch Thathandlungen, als durch Unterlassungen und durch Vernachlässigung ihrer Pflicht schuldig machen, und treffen sie dafür nach Art. VI. des Gesetzes die im Art. V. vorgeschriebenen Strafen des fahr=

läſſigen Verbrechens. Dieſe richten ſich vorzugsweiſe nach dem Grade der Fahrläſſigkeit und der Größe des herbeigeführten Schadens.

Es iſt, was letzteren anlangt, oben geſagt, daß das Zuſammenwirken mehrerer Umſtände den Unfall — (und dadurch den Schaden) — herbeigeführt habe.

Dies muß angenommen werden, weil, wenn auch geſagt werden könnte, daß, ſofern die eine dieſer Urſachen nicht vorhanden geweſen wäre, der Unfall nicht ſtattgefunden, der wirkliche Erfolg alſo gar nicht eingetreten wäre, wenn z. B. der Zug erſt acht Minuten nach Abgang des Perſonenzugs abgefahren wäre, dieſer aus Sebaldsbrück längſt ſich entfernt hätte, und ebenſo, daß, wenn die Bremſen beſetzt geweſen wären, der Erfolg hätte abgewandt werden können, doch die Urſache des concreten Erfolges nicht ausſchließlich in einem der Umſtände allein zu finden iſt. Dadurch wird es aber nicht ausgeſchloſſen, daß dieſer Erfolg den Urhebern der einzelnen Umſtände (mitwirkenden Urſachen) zugerechnet werde, da der Erfolg, durch den das Geſetz die Strafwürdigkeit der Handlung oder Unterlaſſung bedingt, d. h. eine Gefahr für Perſonen oder Sachen auf der Bahn, bei jeder einzelnen der Ordnungswidrigkeiten als möglich vorausgeſehen werden konnte und als möglich bedacht werden mußte, daher, ſo weit dieſe auf die Fahrläſſigkeit Eines der Coinculpaten zurückgeführt werden müſſen, bei der Beurtheilung des Grades der Strafwürdigkeit (den, wie geſagt, das Geſetz nach der Größe der eingetretenen Beſchädigung beſtimmt) die unter den obwaltenden Umſtänden und den mitwirkenden Urſachen eingetretene Folge in Anſchlag zu bringen iſt, indem es nach allgemeinen criminalrechtlichen Grundſätzen nicht erforderlich iſt, daß das ſchuldvolle Handeln unvermeidlicher Weiſe die hervorgebrachte Wirkung haben mußte.

Heffter Lehrb. des Criminalr. § 60. 78,
Mittermaier zu Feuerbach Lehrb. (12. Ausg.) § 46. not. b.

Zugleich iſt aber dabei, da eine auf dieſelbe Rechtsverletzung gerichtete gemeinſame Handlungsweiſe nicht vorliegt

und daher jeder nur für seine Handlung verantwortlich ist, jeder der Coinculpaten also nur die eigne Fahrlässigkeit nach deren Grade zu vertreten hat, bei der Beurtheilung darauf Rücksicht zu nehmen, daß durch besondre, von seiner Handlungsweise unabhängige, durch selbstständige Schuld Andrer verursachte Umstände, die er nicht nothwendig in Anschlag zu bringen hatte, der eingetretene Erfolg zu einem schlimmeren geworden ist. Es kann daher zu Gunsten eines jeden der Angeschuldigten in Betracht gezogen werden, daß seine Fahrlässigkeit nicht die einzige Ursache des beträchtlichen Schadens, welcher durch den Unfall verursacht worden, gewesen ist.

Was den Grad der Fahrlässigkeit der Inculpaten Schäfer und Arends anlangt, so kann keiner derselben von dem Vorwurfe einer groben Fahrlässigkeit freigesprochen werden.

Das Wesentliche darüber ist schon oben ad I. erwähnt und darauf zu verweisen.

A. Der Coinculpat Schäfer handelte entschieden instructionswidrig. Dabei kommt erschwerend in Betracht, daß er auf die gewissenhafte Befolgung seiner Instruction und „die erdenklichste Vorsicht bei dem Führen der ihm anvertrauten Locomotive nach Maßgabe der ihm ertheilten besonderen Dienstvorschriften" beeidigt ist.

cf. [5] Prot. S. 14.

Daß aber das rasche Folgen auf den Personenzug in der Dunkelheit eine Gefahr herbeiführe, lag so sehr auf der Hand, daß, selbst wenn die Instruction dieserhalb nicht so bestimmte Vorschriften enthalten hätte, die gewöhnlichste Ueberlegung dies hätte erkennen lassen müssen.

Die gebrauchte Vorsichtsmaßregel, daß er dem Feuermann befahl, gut aufzupassen, war nur eine unzureichende; dessen ungeachtet muß ihm, dieselbe gebraucht zu haben, zu Gute und einigermaßen zur Entschuldigung gerechnet werden.

B. Der Coinculpat Arends handelte gegen die Anweisung des Bahnhofs-Assistenten, er nahm, obwohl er wußte, daß die

Bremsen nicht besetzt seien, seinen Platz nicht, wie es seine Schuldigkeit gewesen wäre, an einer der Bremsen, sondern auf der Maschine und leistete durch sein Benehmen dem Leichtsinne des Coinculpaten Schäfer Vorschub. Zu seiner Entschuldigung kann indeß angenommen werden, daß er wirklich die Aeußerung des Assistenten Pleuß falsch verstanden oder aufgefaßt habe.

Da nach dem Gesetze Art. V. in Fällen der groben Fahrlässigkeit, wenn zugleich der herbeigeführte Schaden ein beträchtlicher ist, auf Zuchthausstrafe erkannt werden soll, und beide Voraussetzungen dem Obigen nach hier zutreffen, so würde diese Strafart in concreto in Anwendung zu bringen sein, wenn nicht die vorhin sub II. und III. hervorgehobenen Gründe für eine gelindere Beurtheilung der Inculpaten diesen zur Seite ständen.

Es kann daher auf eine Strafe der gelinderen Art recurrirt werden. Bei Bestimmung des Maßes derselben ist nach Art. V. der alleg. Verordnung darauf zu sehen, daß nach Art. II und Art. IV. auf das Verbrechen, falls es vorsätzlich begangen wäre, eine sehr schwere Strafe stehen würde, daß gegen die Inculpaten, von denen Schäfer 36 Jahr, Arends 38 Jahr alt ist, aus deren früherem Leben nichts Nachtheiliges bekannt ist, und endlich, nach den früher hervorgehobenen Momenten, daß die Größe wie auch namentlich die Gefährlichkeit der Fahrlässigkeit des Coinculpaten Schäfer für bedeutender zu halten ist, als die des Coinculpaten Arends.

Es ist daher wider beide Inculpaten eine Gefängnißstrafe von längerer Dauer zu erkennen, welche das in einer früheren Sache wegen einer geringeren Fahrlässigkeit, die jedoch eine schlimmere Folge gehabt hatte, gegen einen Eisenbahn=Officianten in Anwendung gebrachte, von dem Ober=Appellations=Gerichte als zu geringe bezeichnete Maß erheblich,

cf. Entschgr. d. O.-A.=G. de 1859, October, in U.=S. w. Recke und Cons.

übersteigen und für den Coinculpaten Schäfer um etwas höher als für den Inculpaten Arends bemessen werden muß.

In Ansehung der Vorschrift des Art. VI. der all. Verordn. mußte zugleich eine Mittheilung des Urtheils an die Commission des Senats für die Eisenbahn verfügt werden.

3) Auszug aus dem vom Oberappellations-Gericht am 15. Oct. 1863 erlassenen Instructorium:

1) Der Mit-Inculpat Schäfer hat die Behauptung aufgestellt, es habe sich während der letzten Jahre auf der Bremen-Hannoverischen Eisenbahn sehr häufig ereignet und sei somit zu einem gewöhnlichen Vorkommniß geworden, daß Wagenwärtern oder Bremsern sowie gelegentlich sonstigen Angestellten die Functionen von Zugführern statt der zunächst hiezu bestimmten Oberschaffner oder Schaffner übertragen worden seien. Auch habe, wenn dies geschehen sei, eine besondere Vorstellung des beauftragten Wagenwärters (Bremsers) an den Locomotivführer (als außerordentlicher Legitimationsact) nicht Statt gefunden.

Zur Bewahrheitung dieses Umstandes hat der rc. Schäfer 5 Rapporte von Zugführern beigebracht, welche von Angestellten der vorbezeichneten Art abgestattet sein sollen, außerdem 18 Zeugen in Vorschlag gebracht.

Berufungsschrift S. 27. 29.

Der Umstand, ob die Aussteller jener Rapporte zu der in Betracht kommenden Zeit Oberschaffner (resp. Schaffner), oder ob sie nur, wie der rc. Schäfer angiebt, damals Wagenwärter (Bremser) oder sonstige Angestellte ähnlicher Art gewesen sind, wird zu ermitteln und werden außerdem die Zeugen über die von dem rc. Schäfer aufgestellte Behauptung zu vernehmen sein.

2) Der rc. Schäfer hat geltend gemacht, die Vorschrift des § 19 der Dienstanweisung für die Locomotivführer,

U.-Acten Anl. [6] pg. 34.

daß nachfolgende Züge erst abgehen dürften, nachdem seit dem Abgang des ersten Zuges zur Zeit der Dunkelheit 8 Minuten verflossen seien, sei thatsächlich durch häufig vorkommende entgegenstehende, unter den Augen der Bahnhofs-Beam-

ten Statt findende Uebung und den Locomotivführern seitens deren Vorgesetzten ertheilte Abfahrtsweisungen außer Wirksamkeit gesetzt.

Hiefür sind 18 Zeugen in Vorschlag gebracht, welche zu vernehmen sein werden.

Berufungsschrift S. 40. 41.

3) Zur Vervollständigung der Ermittelung der am Abend des 24. Sept. 1862 auf dem Bahnhof zu Sebaldsbrück in Betreff des Verweilens des Personenzuges und des Unterbleibens der von dort aus erforderlichen Signal=Ertheilung hat der ꝛc. Schäfer die Vernehmung von zwei Zeugen, der Grenzaufseher Langenbeck und Othmer zu Sebaldsbrück, beantragt. Diese beiden Zeugen werden über die in Betracht kommenden, in der

Berufungsschrift S. 12. 13.

näher angegebenen Umstände zu vernehmen sein.

4) Der ꝛc. Schäfer hat angegeben, für die Herstellung seiner Behauptung, daß der Bahnhofs=Assistent Pleuß am 24. Sept. ihm, dem Schäfer, auf seine Frage, wer als Zugführer (des Abendgüterzuges) mitgehe, geantwortet habe: „Arends", könne der Feuermann Duckstein als Zeuge dienen.

Berufungsschrift S. 26.

Der genannte Duckstein wird deshalb über diesen Punkt als Zeuge zu vernehmen sein.

---

4) Erkenntniß des Ober=Appellationsgerichtes vom 21. Februar 1865.

Daß die Förmlichkeiten der Berufung für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 11. Juli 1863, wie hiemit geschieht, aufzuheben, die Inculpaten von der wider sie gerichteten Anschuldigung frei zu sprechen und die Kosten der Untersuchung zu tragen nicht schuldig seien.

---

5) Entſcheidungsgründe.

In Folge der von den Inculpaten Schäfer und Arends in ihren hieher gerichteten Berufungen beantragten und am 15. Oct. 1863 von hier aus verfügten Wiederaufnahme der Unterſuchung ſind die Vertheidigungsmomente, auf welche die Inculpaten ſich ſchon vor dem Criminalgericht berufen hatten, ohne daß jedoch dieſelben in Folge deſſen zum Gegenſtande weiterer Ermittelung gemacht worden wären, als begründet hergeſtellt worden, ſo daß in Betreff beider Inculpaten abſolutoriſch zu ſprechen war.

Im Factiſchen ſteht:

I. actenmäßig ſo viel feſt, und iſt auch von den Inculpaten nicht beſtritten worden, daß am 24. Septbr. 1862 ein von dem Schäfer als Locomotivführer geleiteter und von dem Arends in beſonderer Beauftragung ſeitens des Bahnhofs-Aſſiſtenten Pleuß begleiteter, um circa 7¼ Uhr Abends von Bremen in der Richtung nach Hannover abgegangener Güterzug auf der nächſtfolgenden Station, Sebaldsbrück, den wenige Minuten früher von Bremen abgefertigten und damals noch auf dem Sebaldsbrücker Bahnhofe haltenden Perſonenzug erreicht hat, auf ihn geſtoßen iſt, und daß hierdurch entſtanden ſind:

a) außer einigen nicht conſtatirten und deshalb für die Urtheilsfällung ganz außer Betracht bleibenden unerheblichen Beſchädigungen verſchiedener Perſonen, eine bedeutende Verletzung eines Arbeiters „Helberg", welchem eine Rippe zerbrochen worden iſt und deſſen Heilung 19 Tage erfordert hat;

b) ein Schaden an Eiſenbahngegenſtänden (Locomotiven, Wagen und dergl.) zum Betrage von 834 ℛ︎ 25 gr. 1 ₰. — Zwar iſt der genaue Betrag dieſes letzteren Schadens nicht zum Gegenſtande weiterer Ermittelung gemacht worden, allein es kommt hierauf gegenwärtig nicht an.

Die Frage nun, ob das Obergerichts-Erkenntniß vom 11. Juli 1863, welches die Inculpaten eines durch grobe Culpa begangenen Verbrechens gegen die Sicherheit des Eiſenbahn-Betriebes für ſchuldig erklärt und den Schäfer zu einer zwei-

jährigen, den Arends zu einer achtzehnmonatlichen Gefängnißstrafe verurtheilt hat, zu bestätigen oder in welchem Maße dasselbe zu Gunsten der Inculpaten abzuändern sei, hing unter den angegebenen Umständen davon ab, ob

II. den beiden Inculpaten, resp. dem einen oder dem anderen derselben, eine Fahrlässigkeit bei ihrem Verhalten in Betreff des erwähnten Güterzuges beizumessen, und eventuell, ob der eingetretene Schaden als eine Folge jenes culposen Verhaltens anzusehen sei.

Die Schuld der Inculpaten soll nach der Annahme des Obergerichts in Folgendem bestanden haben:

A. Der Inculpat, Locomotivführer Schäfer, soll ordnungswidrig und die Sicherheit des Eisenbahnbetriebes gefährdend gehandelt haben, indem er

1) den Verlauf von 8 Minuten nach dem Abgange des kurz zuvor abgefertigten Personenzuges nicht abwartete, bevor er den Güterzug in Bewegung setzte, während er doch, nach dem § 19 seiner Dienstanweisung,

Act. [6] pg. 33. 34,

verbis: „Ist es nicht zu vermeiden, daß zwei Züge auf demselben Gleise in gleicher Richtung alsbald auf einander folgen, so darf der nachfolgende Zug von seinem Standorte nicht eher abfahren, bis von der Zeit der Abfahrt des voraufgegangenen Zuges bei Tage 4, bei Dunkelheit 8 Minuten verflossen sind",

zu der in Betracht kommenden Zeit, am 24. Septbr. um 7¼ Uhr Abends, wo es bereits völlig dunkel war (Sonnenuntergang 5 Uhr 50 Minuten p. M.), jenen Zeitverlauf hätte abwarten müssen.

Wenn der Schäfer gegen den Vorwurf wegen Nicht-Innehaltung dieser auch in anderen Eisenbahn-Regulativen, z. B. der Oberschaffner — (Zugführer —) Instruction § 43.

Act. [20] pg. 80,

ausgesprochenen Vorschrift einwende,

a) diese Vorschrift sei in der Praxis außer Wirksamkeit gekommen, so sei dies, jenen in Gültigkeit befindlichen Regu-

lativen und den entgegenstehenden Erklärungen der höheren Eisenbahn-Beamten, so wie der königlich Hannoverischen General-Direction der Eisenbahnen gegenüber, nicht zu beachten.

Ebenso wenig könne

b) dem Einwande des Schäfer Wirkung beigemessen werden, er sei in Betreff der Abfahrtszeit der Weisung des Mit-Inculpaten Arends gefolgt, und habe dieser Weisung, als derjenigen des Zugführers, seines damaligen Vorgesetzten, folgen dürfen und resp. müssen.

Denn

aa) Arends sei weder Zugführer gewesen, noch habe er es sein können; folglich sei er von Schäfer nicht als solcher anzuerkennen gewesen.

bb) Sollte selbst Arends Zugführer gewesen sein, so hätte Schäfer der in Rede stehenden, unzweifelhaft ordnungswidrigen Weisung des Arends dennoch nicht Folge leisten dürfen, jedenfalls nicht ohne Gegen-Vorstellungen zu erheben, welche hier, wenn sie gemacht worden wären, das ordnungswidrige Verfahren und folgeweise den Unfall aller Vermuthung nach verhindert haben würden.

2) Schäfer sei zu schnell gefahren, habe also den Güterzug nicht in gehöriger Entfernung hinter dem Personenzuge gehalten.

B. Der Inculpat Arends soll sich einer culpa schuldig gemacht haben, indem er

1) die — wie bereits angegeben — zu frühzeitige Abfahrt des Güterzuges dadurch mit verschuldet habe, daß er dem Schäfer die Abfahrtsordre vor Ablauf der einzuhalten gewesenen 8 Minuten ertheilte, wodurch der letztere dazu veranlaßt wurde, die mehrerwähnte Vorschrift zu verletzen, indem er

2) statt auf einen der Bremsstühle des Güterzuges zu steigen, und dort die Bremse zu handhaben, auf der Locomotive Platz nahm, auch nicht für eine anderweitige Besetzung der Bremsen sorgte, obschon ihm von dem derzeit auf dem Bahnhof fungirenden ihm vorgesetzten Beamten — Bahnhofs-Assistenten Pleuß — die Weisung ertheilt worden, „er solle noch einen Mann mitnehmen."

Anlangend die im Vorstehenden zusammengestellten Anschuldigungspunkte, so hat

zu A. den Schäfer anlangend,

1) in Betreff des Vorwurfs, zu früh abgefahren zu sein, der Einwand des Inculpaten — welchem auch Arends sich angeschlossen hat — daß die in Rede stehende Bestimmung der Eisenbahn-Regulative unter den Augen und mit Wissen, ja selbst unter Mitwirkung der Bahnhofs-Beamten, also der Vorgesetzten der Inculpaten, außer Uebung gekommen sei, eine vollständige Bewahrheitung in der nachträglich veranstalteten Beweisaufnahme gefunden.

Sehr erheblich ist übrigens in Betreff dieses Punktes die schon vor der sententia a qua erfolgte Aussage des, allen Umständen nach für glaubwürdig zu achtenden und persönlich unbetheiligten Maschinenverwalters Büte, eines der auf dem Bahnhofe zu Bremen angestellten oberen Beamten, welcher um so mehr Vertrauen verdient, als er einen Theil der die vorliegende Sache betreffenden amtlichen Ermittelungen im Auftrage der vorgesetzten Behörde ausgeführt hat,

Act. [16]

welcher Maschinen-Verwalter Büte sich

Prot. p. 20.

dahin ausgesprochen hat,

„Manche der gedruckten Instructionen seien längst antiquirt; namentlich gelte dies von der Vorschrift, daß die Züge sich erst nach 8 Minuten folgen dürften."

Ob eine „Antiquirung" von Vorschriften, welche vor nicht langer Zeit zur Herstellung eines gesicherten Eisenbahn-Verkehrs von der oberaufsehenden Behörde erlassen worden, zu billigen sei, kommt selbstverständlich für die Inculpaten nicht in Betracht. Sie konnte kein Vorwurf treffen, wenn sie ein, wenngleich den Bestimmungen der Regulative zuwiderlaufendes Verfahren beobachteten, wenn dieses unter den Augen der Bahnhofs-Beamten üblich geworden und, als ein von denselben gebilligtes, regelmäßig oder auch nur in vielen auf einander folgenden Fällen vorgekommen war.

Und, daß dies in Betreff der Nicht-Innehaltung der 4 resp. 8 Minuten stattgefunden hat, ergiebt sich mit Gewißheit aus den nachträglichen, die Büte'sche Aussage völlig bestätigenden Ermittelungen.

Die folgenden Zeugen,

die Locomotivführer

Michaelis	Prot.	p.	54. 55.
Pieper	„	„	60. 61.
Stöver	„	„	61.
Böhle	„	„	62.
Ruhhoff	„	„	62.
Finck	„	„	72. 73.
Deppermann	„	„	73. 74.

ferner

die Feuerleute

Duckstein	„	„	65.
Scharnhorst	„	„	73.
Schultz	„	„	74.

bezeugen, in allen hier wesentlichen Punkten überstimmend, daß in den Fällen, in welchen es auf die Einhaltung der vorgeschriebenen Minutenzahl angekommen sein würde, was insbesondere bei den Sonntagabend-Extrazügen der Fall gewesen,

„die fragliche Vorschrift so gut wie niemals eingehalten, und die Weisung zur Abfahrt regelmäßig viel früher ertheilt worden sei; manchmal, wenn der Personenzug erst eben die Weiche außerhalb des Bahnhofes passirt hatte."

Auch lassen die Aussagen der Zeugen keinen Zweifel darüber, daß die Weisung zur Abfahrt gerade seitens der Bahnhofs-Verwaltung ertheilt wurde, z. B.

Pieper, „kaum 2 Minuten waren in der Regel verstrichen, wenn das Gebot durch Rufen oder Winken mit der Laterne erfolgte,"

Stöver, „in Folge der Anordnung der Bahnhofsverwaltung,"

Böhle, „ich mußte oft schon folgen,"

Ruhhoff, „ich habe den Zug in der Regel viel früher als nach 8 Minuten in Bewegung ſetzen müſſen"

Finck, „es iſt vorgekommen, daß das Zeichen zur Abfahrt gegeben wurde, wenn der Perſonenzug eben erſt den Kirchhof paſſirt war."

Außer den obigen Locomotivführern und Feuerleuten haben auch noch andere Eiſenbahn-Angeſtellte in demſelben Sinne deponirt.

Der bei der Maſchinen-Verwaltung angeſtellte Vormann Lampe giebt an,

Prot. p. 76,

„daß häufig das mit dem Güter-Extrazuge beförderte Beamten-Perſonal noch in Sebaldsbrück in den Perſonenzug habe überſteigen können, um mit dieſem weiter zu fahren,"

ein Umſtand, welcher deshalb von Erheblichkeit iſt, weil die Perſonenzüge vorſchriftsmäßig ſchneller fahren als die Güterzüge. (Nach der Zeittafel

Act. [28]

ſollen die Perſonenzüge die Fahrt von Sebaldsbrück in 8, die Güterzüge in 14 Minuten zurücklegen.)

Der Vormann Stegmann, welcher die Locomotiven für die abfahrenden Züge in Stand zu ſetzen hat, giebt an,

Prot. p. 77,

häufig vom Bahnhofs-Vorſtand die Ordre erhalten zu haben, die Locomotive ſo ſchnell zu ſtellen, daß ſie dem Perſonenzuge gleich folgen könne. Von 8 Minuten ſei dabei keine Rede geweſen.

Der Bahnhofsſchloſſer Baßbach

Prot. p. 73,

deponirt, „der Güterzug ſei häufig viel früher, als nach 8 Minuten expedirt; oft ſchon, wenn der Perſonenzug die (nahe bei dem Bahnhofe belegene) Brücke eben paſſirt geweſen," und der Weichenwärter Fiſcher giebt an,

Prot. p 79,

„der Güterzug ſei mitunter ſo bald nach dem Perſonen-

zuge abgefertigt, daß er, Zeuge, das Abfahrtsſignal, wenn der letztere paſſirt geweſen, nicht erſt wieder herabzulaſſen brauchte, weil der Extra- (Güter-) Zug dann ſchon zur Abfahrt gepfiffen habe."

Entgegenſtehende Ausſagen finden ſich mit Ausnahme derjenigen des Bahnhofs-Aſſiſtenten Pleuß in dem Protocoll des Criminalgerichts nicht. Der eben Genannte

Prot. p. 69. 70,

hat freilich auf Befragen erklärt,

„er habe häufig geſagt, der Extrazug ſolle nicht zu früh folgen;" „er habe dabei auf die beſtehenden Vorſchriften verwieſen, die auch eingehalten ſeien"; „er könne die Richtigkeit der Büte'ſchen Ausſagen nicht anerkennen".

Allein dieſe Aeußerungen des Pleuß, welcher als der um die in Betracht kommende Zeit auf dem Bahnhofe fungirende Aufſichts-Beamte in der Lage war, wegen des eingetretenen Unfalles ſich exculpiren zu müſſen, und der mithin als unverdächtig nicht angeſehen werden kann, iſt nicht geeignet, das Gewicht der entgegenſtehenden Depoſitionen der zahlreichen vorhin namhaft gemachten Zeugen zu ſchwächen oder gar zu beſeitigen.

Dagegen iſt es von Erheblichkeit, daß ſchließlich der Betriebs-Director Hartmann

Prot. p. 80. 81.

in der nachträglichen Vernehmung zugegeben hat,

„es laſſe ſich wohl nicht läugnen, daß die in Rede ſtehende Vorſchrift in der Praxis auf den hannoveriſchen Bahnen nicht ſtrenge eingehalten worden ſei;" „er wiſſe wohl, daß es bei den Sonntag-Abendzügen immer geheißen habe, ſie ſollten dem Perſonenzuge raſch nachfolgen. Das ſei denn ſo lange gut gegangen, bis dies Unglück (dasjenige, über deſſen Verſchuldung die Unterſuchung geführt würde) paſſirt ſei".

Unerheblich iſt es, daß der Bahnhofs-Verwalter Barber in der nachträglichen Unterſuchung

Prot. p. 82

das frühere Nachfolgen „nur bei leeren Locomotiven" zugegeben hat, bei welchen es übrigens nach den Regulativen auch nicht hätte vorkommen dürfen, und ein Nicht=Einhalten der Zeit bei nachfolgenden „Güterzügen" als „ihm nicht bekannt" bezeichnet.

Die Königlich Hannoverische General=Direction der Eisenbahnen hat denn auch, nach erlangter Kunde von den neuen Erhebungen, kein Bedenken getragen, den Beweis des regelmäßigen Außer=Acht=Lassens der fraglichen Vorschrift als vorliegend anzunehmen, und eben so wenig kann für die richterliche Beurtheilung eine Ungewißheit darüber bestehen, daß dem Schäfer (beziehungsweise, insofern es für ihn darauf ankommt, auch dem Arends) das Nicht=Innehalten der 8 Minuten nicht zum Vorwurf gemacht, vollends nicht als eine criminell strafbare culpa angerechnet werden kann.

Dem Inculpaten Schäfer ist indessen

b. auch in Betreff des zweiten Rechtfertigungs=Momentes beizupflichten, daß er den Arends als Zugführer und in Folge dessen als seinen damaligen Vorgesetzten habe ansehen dürfen und müssen, und mithin außer Verantwortung sei, wenn er der Abfahrtsordre desselben Folge leistete. Daß

aa. Schäfer von dem Arends (und zwar schon wenige Minuten nach dem Abgange des Personenzuges) die Weisung erhalten hat, die Maschine in Gang zu setzen („abzufahren"), ist freilich von Arends vor dem Criminalgerichte geläugnet worden, allein derselbe hatte in der Vernehmung vor dem Maschinen=Verwalter Büte das Gegentheil eingeräumt. Jedenfalls ist in Berücksichtigung der bezüglichen Aussage des Zeugen, Feuermanns Duckstein,

> er, Zeuge, habe den Arends gefragt: „wie ist es, können wir abfahren, sind wir fertig?" worauf Arends geantwortet habe: „Ja, es ist fertig: Vorwärts."

Prot. p. 26. 27.

und im Beihalt der vorgedachten früheren unumwundenen Einräumung des Arends, so wie der Aussage des mit auf der Locomotive stationirt gewesenen Zollbeamten Rose, wel-

cher auf die Frage des Inquirenten „ob Arends das Abfahren beordert habe“ erklärte: „Mich dünkt, er sagte, es sei fertig“,

Prot. p. 17,

ein genügender Beweis für die Annahme vorhanden, daß der Inculpat wirklich von Arends die Weiſung erhalten hat, abzufahren.

Nicht minder iſt es

bb. hergeſtellt, daß Schäfer den Arends als Zugführer betrachten durfte, ja mußte, daß er auch ſpeciell in Betreff der Handhabung ſeines Amtes auf der Locomotive den Verfügungen ſeines Zugführers zu folgen verpflichtet war.

Der letztere Umſtand — die Unterordnung des Locomotivführers unter den Zugführer — iſt im Allgemeinen nicht beſtritten. Die General-Direction ſagt ſelbſt

Act. [42] p. 7,

für den Fall, daß Schäfer den Arends als Zugführer habe anſehen dürfen,

„müſſe anerkannt werden, daß der § 3 der Dienſtanweiſung für Locomotivführer nur die allgemein lautende Beſtimmung enthalte,

„der Vorgeſetzte des Locomotivführers iſt der Zugführer während der Reiſe,“

ohne Näheres darüber anzugeben, welche Gattung von Beamten darunter von ihm zu verſtehen ſei.“

Auch ſtimmt damit die Oberſchaffner- (Zugführer-) Inſtruction überein,

Act. [20] §§ 4 u. 22,

„Im Dienſt untergeben ſind dem Zugführer — — die Locomotivführer und deren Untergebene während der Reiſe im Fahrdienſte“

und

„Von dem Zeitpunkte, an welchem der Zug eine Station verläßt, bis dahin, daß derſelbe auf einer anderen Station eintrifft, hat der Zugführer das unbedingte Commando im Zuge.“

Die Entſcheidungsgründe zur sententia a qua legen indeſſen hier dem Umſtande Bedeutung zu Ungunſten des Schäfer bei, daß der Locomotivführer den Zugführer nur während der Reiſe als ſeinen Vorgeſetzten anzuſehen habe, wobei die Meinung nur die geweſen ſein kann, daß das Commando des Zugführers erſt mit dem Zeitpunkte der eigentlichen Abfahrt in Wirkſamkeit trete. Dieſer Auffaſſung kann nicht beigeſtimmt werden. Die Autorität des Zugführers beginnt ohne Zweifel ſchon dann, wenn die Locomotive mit den zu transportirenden Perſonen= oder Güterwagen vereinigt, wenn ſonſt Alles zur Abfahrt vorbereitet worden iſt und der Zugführer den ihm gebührenden Platz auf dem Zuge behufs der Abfahrt eingenommen hat. Die Abfahrt bildet einen Theil der Reiſe, und ſteht ſomit ſelbſtverſtändlich mit unter dem Commando des Zugführers.

Der andere der oben angeführten Punkte iſt in dem der obergerichtlichen Urtheilsfällung vorangegangenen Theile der Unterſuchung von der General=Direction

Act. [18] p. 3.

verbis

„Ein Bremſer kann niemals Zugführer ſein. Schäfer mußte dies wiſſen und durfte deshalb etwanige von dem Bremſer Arends ausgegangene Befehle, welche nur der Zugführer zu ertheilen hatte, nicht befolgen,"

ſo wie auch von dem Bahnhofsverwalter Barber und dem Betriebsdirector Hartmann zum Nachtheil des Schäfer beantwortet worden, und hiedurch iſt der Inquirent dazu veranlaßt worden, die entgegenſtehende beſtimmte Behauptung beider Inculpaten — die Behauptung, es ſei ein durchaus gewöhnliches und oft ſich ereignendes Vorkommniß, daß Bremſer zu Zugführern beſtellt würden; auch finde — was die Bahnhofs=Beamten für etwanige Ausnahmsfälle eventuell als nothwendig bezeichnet hatten — eine beſondere „Vorſtellung" der zu Zugführern beſtellten Bremſer an den Locomotivführer nicht Statt, für ſo unglaubwürdig und beachtungsunwerth zu halten, um den vom Inculpaten Arends

angebotenen Beweis dieser Behauptung nicht instruiren zu wollen.

Prot. p. 47. 48.

Auch ist das Obergericht der Auffassung der General-Direction und der Bahnhofs-Beamten beigetreten.

Die in der nachträglichen Beweis-Instruction über den vorgedachten Punkt vernommenen Zeugen,

der Locomotivführer Bengeroth.

Prot. p. 50. 53.

der Locomotivführer Pieper p. 60.
" " Stöver p. 61.
" " Böhle p. 61.
" " Ruhhoff p. 61.
" " Deppermann p. 71. 73.
" " Laue p. 93.
" Polizeidiener, früher Bremser Rapke p. 63. 64.
" Feuermann Scharnhorst p. 72.
" " Schultz p. 74.
" Wagenwärter Müller p. 84—86.

haben indessen mit Bestimmtheit bezeugt, sowohl daß schon während längerer Zeit vor dem Unfalle häufig Bremser (Wagenwärter) als Zugführer angestellt worden seien, als auch, daß dabei eine besondere „Vorstellung" eines als Zugführer in Thätigkeit gesetzten Bremsers an den Locomotivführer niemals vorgekommen sei. — Uebrigens hatte der Maschinen-Verwalter Büte schon in seiner ersten Vernehmung vor dem Criminalgericht erklärt,

Prot. p. 23,

„Arends war befugt, sich als Zugführer anzusehen, da es sehr gebräuchlich ist, Bremser Schaffnerdienste versehen zu lassen, Schaffner aber instructionsmäßig als Zugführer Dienste thun."

Auch ist er bei dieser Angabe später verblieben.

Prot. p. 56. 57.

Schließlich haben denn der Betriebs-Director Hartmann und der Bahnhofs-Verwalter Barber, abweichend von ihren

früheren Ausſagen,

Prot. p. 2. 3 u. 6,

ſich ebenfalls im Sinne der Angabe des Schäfer und reſp. Arends ausgeſprochen. Der erſtere erklärte nunmehr:

Prot. p. 81.

„Es komme öfters vor, daß, wenn keine Schaffner oder Oberſchaffner da ſeien, der Stationsvorſtand einen Bremſer oder Wagenwärter als Zugführer mitgebe,"

und der Bahnhofs-Verwalter Barber ſprach ſich in Beziehung auf die vorſtehende Angabe des Hartmann

ebendaſelbſt

dahin aus:

„er könne dies nur beſtätigen; es ſei häufig ein ſolcher Perſonenmangel, daß man ſich nicht anders zu helfen wiſſe."

Es kommt hiernach nicht mehr darauf an, daß die von dem Schäfer in jetziger Inſtanz beigebrachten Zugführer-Rapporte

O.-A.-Ger.-Acten [6 — 10]

als von einem Wagenwärter (Bremſer) ausgeſtellt anerkannt worden ſind.

Prot. p. 84.

Daß Arends im concreten Falle wirklich von dem Bahnhofs-Aſſiſtenten Pleuß mit der Function des Zugführers beauftragt worden iſt, alſo Schäfer berechtigt war, hier den Arends als in dieſer Function handelnd zu betrachten, wird unten, als aus den Acten ſich ergebend, gezeigt werden.

Durfte und mußte aber Schäfer den Arends als ſeinen Vorgeſetzten anſehen, ſo würde ihm eine Folgeleiſtung in Betreff der Abfahrts-Ordre deſſelben oder doch das Unterlaſſen einer wider dieſelbe zu erhebenden Gegen-Vorſtellung nur dann als culpa angerechnet werden können, wenn Arends eine nicht nur unzweifelhaft ordnungswidrige, ſondern auch evident Gefahr drohende Maßregel angeordnet hätte. — Dies fand hier nicht Statt. Es geſchah nur das, was längſt durch die von den Bahnhofs-Beamten ausgegangene und gebilligte

Praxis sanctionirt, auch zu sehr vielen Malen ohne Nachtheil ausgeführt worden war, und was vermuthlich auch diesmal ohne Nachtheil geblieben sein würde, wenn es nicht — worauf unten einzugehen sein wird — zufälliger Weise mit anderen, Gefahr bringenden Umständen in Verbindung gekommen wäre.

Nicht ohne Grund hat sich überdies Schäfer dafür, daß er habe annehmen dürfen, das alsbaldige Folgen des Güterzuges nach dem Personenzuge entspreche der Absicht der Bahnhofs-Verwaltung, auch auf den Umstand berufen, daß er, nach Zurücklassung der Güterwagen in Sebaldsbrück, mit der Locomotive in der Richtung nach Hannover habe weiter gehen sollen, und den von Hannover ihm entgegenkommenden Abendzug in Eystrup habe kreuzen müssen, woraus die Nothwendigkeit hervorgehe, nicht weit hinter dem — schneller als der Güterzug fahrenden — von Bremen aus expedirten Personenzuge zurückzubleiben.

Diese Angabe des Schäfer — den Hannoverischen Zug noch an demselben Abend kreuzen zu müssen — ist im Allgemeinen von dem Bahnhofs-Verwalter Barber als richtig anerkannt worden; doch fügte derselbe bei seiner Vernehmung hinzu,

Prot. p. 3.

„es sei gar nicht nöthig gewesen, daß die Locomotive den herankommenden Personenzug in Eystrup kreuze. Es bestehe darüber keine bestimmte Vorschrift. Die Kreuzung habe auch an irgend einer Nebenstation erfolgen können."

Es ist aber auf der von Schäfer als Anlage zu seiner Vertheidigung erster Instanz beigebrachten „Zeittafel"

Act. [28]

gerade Eystrup für den in Rede stehenden Hannoverischen Güterzug ausdrücklich als Kreuzungspunkt angegeben, und die Schäfersche Angabe:

„es sei durchaus gebräuchlich, daß die Kreuzung in Eystrup geschehe; unter 100 Malen geschehe sie dort vielleicht nur einmal nicht,"

und

„so lange er die Fahrt mache, kreuze er immer in Eystrup,"

Prot. p. 13 u. 40,

hat durch die Aussage des Maschinen-Verwalters Büte,

Prot p. 24,

„es sei durchaus Regel, daß die Maschine in Eystrup den kommenden Personenzug kreuze,"

ihre Bestätigung gefunden. Der letztgedachte Zeuge hat seiner früheren Aussage später noch hinzugefügt:

Prot. p. 58. 59.

„er sei von der Bahnhofs-Verwaltung ersucht worden, den Locomotivführern zu eröffnen, daß sie immer gleich hinter dem Personenzuge herfahren sollten, damit in Eystrup die Kreuzung vorgenommen werden könne,"

und der hierüber befragte Bahnhofs-Verwalter Barber hat sich

Prot p. 82,

dahin ausgesprochen,

„daß er, wie der Zeuge Büte sage, die Anordnung getroffen habe, daß sich die Locomotive hinter den Personenzug zu setzen habe, sei richtig."

Von den übrigen Personen, welche nachträglich vernommen worden sind, hat nur der Locomotivführer Bengeroth diesen Punkt berührt, und zwar über denselben in Uebereinstimmung mit Schäfer ausgesagt.

Prot. p. 53.

Sollte aber Schäfer den Hannoverischen Personenzug in Eystrup kreuzen, so mußte er dem Bremischen Personenzuge nahe genug bleiben, um gleich nach demselben zwischen 8' 41" und 8' 42" (cf. die Zeittafel Act. [28]) die Station Eystrup erreichen zu können. Ein Vorsprung des Bremischen Personenzuges um 8 Minuten war damit unvereinbar.

2. Anlangend den dem Schäfer gemachten Vorwurf, er sei zu schnell gefahren und habe auch dadurch einer strafbaren

culpa sich schuldig gemacht, so sind in dem bezüglichen Theil der obergerichtlichen Entscheidungsgründe

O.-A.-G.-Acten [4] p. 18 20.

Beweise für diese Annahme nicht aufgeführt. — Dagegen ist in denselben zu Gunsten des Schäfer hervorgehoben, wie dies denn auch aus den Acten hervorgeht, daß Schäfer und der Feuermann Duckstein nach dem vorauffahrenden Personenzuge ausgesehen und sich vor dem Zunahekommen zu hüten gesucht haben; ferner, daß nach den Aussagen der hierüber befragten Zeugen der Güterzug in Sebaldsbrück mit keiner ungewöhnlichen Schnelligkeit angelangt ist.

Hiermit stimmen denn auch die späteren Erhebungen überein. Die Grenzaufseher Langenbeck und Othmer deponiren,

Prot. p. 87 u. 91.

der erstere:

„Wäre der Güterzug nicht langsam gefahren, so hätte der Zusammenstoß noch weit früher erfolgen müssen,"

der zweite:

„der Extrazug (Güterzug) fuhr recht langsam."

Und der Maschinen-Verwalter Büte, welchem bei diesem Punkte Sachkunde zugemessen werden kann, hatte sich schon früher

Prot. p. 26.

dahin ausgesprochen:

„Zu schnell sei der Güterzug wohl nicht gefahren, sonst wäre er stärker aufgestoßen."

Alles reducirt sich demnach hier auf das Factum, daß der alsbald nach dem Personenzuge abgegangene Güterzug in Sebaldsbrück angelangt ist, bevor noch jener den dortigen Bahnhof verlassen hatte. Dies konnte indessen unter den im Uebrigen vorliegenden Umständen sehr wohl ohne ungebührlich schnelles Fahren des Güterzuges eintreten. Auch ist Zuverlässiges über die Dauer des Aufenthalts des Personenzuges in Sebaldsbrück nicht ermittelt. Soviel die Acten ergeben, hat Niemand auf die genaue Zeitlage der beiden Mo-

mente, erstens der Ankunft des Güterzuges, zweitens des stattfindenden Zusammenstoßes genau, oder doch in solcher Weise geachtet, daß daraus einigermaßen begründete Folgerungen gezogen werden könnten. Die Zeugen Othmer und Langenbeck deponiren übrigens,

Prot. p. 86 u. 92,

daß sich der Personenzug ungewöhnlich lange in Sebaldsbrück aufgehalten habe.

Nach dem Allen kann über die Absolution des Schäfer von der gegen ihn gerichteten Anschuldigung kein Bedenken bestehen, und kommt es in Betreff Seiner auf die Frage nach dem Causal-Zusammenhange zwischen seinem Verhalten und dem eingetretenen Schaden überhaupt nicht an.

Wie oben vorausgeschickt worden ist, so bestehen

zu B. die dem Arends zur Last gebrachten Handlungen erstens in der Einwirkung desselben auf den Mit-Inculpaten Schäfer in Betreff des zu frühen Abganges des Güterzuges, und zweitens darin, daß er seinen Platz auf der Locomotive statt auf dem Bremsstuhl genommen, auch nicht für anderweitige Besetzung der Bremsen gesorgt habe.

a. Der erste der vorstehend angegebenen Punkte erledigt sich zu Gunsten des Arends durch das, was oben zu A. 1. a in Beziehung auf den Schäfer zusammengestellt worden ist. War nämlich die Nicht-Innehaltung der 8 Minuten nach der Praxis des Eisenbahn-Verkehrs etwas Gewöhnliches und ordentlicher Weise Statuirtes, so kann eben so wenig in dem von Arends ausgegangenen Befehl des früheren Abganges, als, wie oben ausgeführt, in der von Schäfer bewirkten Abfahrt selbst eine strafbare culpa gefunden werden.

Nur eine dem Arends in Betreff des Nicht-sofort-Abfahrens zugekommene specielle Weisung der oberen Beamten hätte das vorliegende Verhältniß zu seinem Nachtheile abändern können. Nun hat freilich der Bahnhofs-Assistent Pleuß behauptet, dem Arends bei dessen Beauftragung gesagt zu haben:

„Wenn der (Personen-) Zug expedirt und Alles in Ordnung ist, so fahren Sie ab. Ich komme aber noch herüber,"

Act. [3] p. 3 u. Prot. 8.

allein Arends hat geläugnet, diese letzteren Worte vernommen zu haben,

Prot. p. 8. 9.

und Pleuß hat sich

ebendaselbst

folgendermaßen weiter hierüber erklärt:

„Arends mag darin Recht haben, wenn er sagt, er habe nicht gehört, wie ich gesagt, „ich komme noch herum, oder herüber." Gesagt habe ich die Worte, aber der in der Abfahrt begriffene Personenzug machte solchen Lärm, daß er die Worte wohl überhören mochte."

Da überdies bei der Unterredung zwischen Pleuß und Arends ein Zeuge anwesend gewesen ist, der zu Ottendorf vernommene Zollamts-Assistent Stempel, und dieser Zeuge, welcher sich des Inhalts des Gesprächs — abgesehen von einem hier unwesentlichen Mißverständnisse — speciell erinnerte, mit Bestimmtheit deponirt hat, „eine Aeußerung des Pleuß, er komme noch herum (oder eine ähnliche), nicht gehört zu haben,"

Act. [13] p. 4.

so erscheint Arends in Betreff der Anschuldigung, die zu frühe Abfahrt des Güterzuges culposer Weise veranlaßt zu haben, auch insofern gerechtfertigt, als es auf eine ihm ertheilte besondere Weisung angekommen sein soll.

Den in dieser Sache allein zu Bedenken Veranlassung gebenden Punkt bildet

b. die schließlich zu berührende Frage, ob den Arends in Betreff der Nichtbesetzung des Zuges mit Bremsern ein Vorwurf strafbarer culpa treffe. — Hiebei handelt es sich

aa. darum, ob Arends berechtigt gewesen sei, sich als den Zugführer für den in Rede stehenden Güterzug anzusehen und seinen Platz auf der Locomotive einzunehmen, wäh-

rend er nach der sent. a qua einen Bremsſtuhl hätte beſteigen müſſen.

Uebereinſtimmend ergiebt es ſich aus den Inſtructionen der bei dem Fahrdienſt Angeſtellten, ſo weit ſie dieſen Punkt betreffen, daß jeder wirkliche Zug (jede Combination von Locomotive und Perſonen= oder Güter=Wagen) von einem Zugführer begleitet und überwacht werden muß.

Vgl. die Dienſtanweiſungen für Oberſchaffner (Zugführer) Act. [20] S. 6. 8. 95. 96.
für Schaffner Act. [21] S. 11.
für Locomotivführer Act. [6] S. 6.

Auch führen auf das nämliche Ergebniß die oben angezogenen Ausſagen der Zeugen Bengeroth, Pieper u. ff. hin, welche, indem ſie von der Anſtellung von Bremſern ſtatt Oberſchaffner oder Schaffner auf zu expedirenden Zügen reden, alle von der Annahme ausgehen, daß auf jedem Zuge ein Zugführer die Oberleitung deſſelben übernehmen müſſe. Wäre nun Arends nicht zum Zugführer beſtellt geweſen, ſo würde der Zug ohne einen ſolchen abgefertigt ſein, was, wie aus dem vorſtehend Bemerkten hervorgeht, nicht nur dem Buchſtaben der Regulative, ſondern auch der vielfach bezeugten Uebung widerſprochen hätte und deshalb nicht angenommen werden kann.

Arends iſt indeſſen auch durch ausdrückliche Erklärungen des Pleuß zum Zugführer beſtellt worden. Dieſer hat, wie auch aus deſſen eigener, ſchon oben in Bezug genommenen Angabe hervorgeht, dem Arends die den Güterzug betreffenden Papiere übergeben, und ihm dabei geſagt:

„wenn der (Perſonen=) Zug expedirt und Alles in Ordnung iſt, ſo fahren Sie ab,“

Act. [3] p. 3,

welche Worte „fahren Sie ab“ nicht anders verſtanden werden können, als daß Arends das Commando des Zuges führen ſolle. Detaillirter hat der Zeuge Stempel über die Mittheilung des Pleuß deponirt

Act. [13] p. 2.

Derſelbe habe geſagt:

„Herr Arends, Sie sind der Aelteste und müssen den Zug nach Sebaldsbrück übernehmen."

Pleuß hat denn auch eingeräumt,

Prot. p. 11,

sich des Ausdrucks bedient zu haben, Arends solle den Zug „annehmen." Wenn er

ebendaselbst

dabei bemerkt hat,

„er habe nicht damit gemeint, daß Arends als Zugführer fungiren solle; eben so wenig habe die Behändigung der Papiere an Arends dies zu besagen gehabt, denn man stelle nicht Bremser zu Zugführern an, sondern nur solche, die Zugführer-Instruction hätten,"

so wird dadurch das natürliche Verständniß des von ihm gegen Arends Geäußerten zu dessen Nachtheil nicht geändert. Darauf, was Pleuß bei den in Rede stehenden Worten „gemeint" hat oder gemeint haben will, kommt es nicht, sondern nur darauf an, was Arends als den Inhalt der ihm ertheilten Weisung ansehen durfte und mußte. Und das konnte nur in dem mehrmals angegebenen Sinne geschehen, daß er, Arends, als Zugführer fungiren solle; wie denn Aufträge gleicher Art — weshalb auf die oben angezogenen zahlreichen und die Pleuß'sche Angabe widerlegenden Erhebungen zu verweisen ist — zu den oft sich ereignenden Vorkommnissen gehörten.

Ueberdies wird das Wort „annehmen" oder „übernehmen" in den Regulativen gerade von den Zugführern gebraucht, welche die betreffenden Functionen in Beziehung auf einen Wagenzug antreten,

z. B. Act. [20] § 8. „Uebernahme eines Wagenzuges (seitens des Oberschaffners als Zugführers)."

War aber Arends zum Zugführer bestellt, so war er auch berechtigt, auf der Locomotive seinen Platz zu nehmen, nicht aber verpflichtet, um die Bremse zu verwalten, den Bremsstuhl zu besteigen. Keines der Regulative spricht von einer Cumulation des Amtes des Zugführers mit demjenigen eines

Bremſers; im Gegentheil, in der den Wagenwärtern (Bremſern) ertheilten Dienſtanweiſung (alſo gerade in derjenigen des Arends)

Act. [4] § 24. S. 47.

iſt ausdrücklich geſagt:

„Wegen aushelfender Dienſtbeſorgung (des Schaffners) hat der Wagenwärter der Aufforderung des Stations=Vorſtandes Folge zu leiſten und zugleich ſeinen Wagenwärterdienſt abzugeben.“

Arends konnte hiernach die ihm von dem Pleuß gegebene Weiſung nicht anders verſtehen, als daß er in der Eigenſchaft eines Zugführers, auch nicht etwa zugleich eines Zugführers **und Bremſers**, den Güterzug begleiten ſolle.

Dies führt übrigens

b. nicht mit Nothwendigkeit zu dem weiteren, den Arends rechtfertigenden Ergebniſſe, daß er nicht nöthig gehabt habe um den Umſtand, ob der Zug mit der nöthigen Bremſer=Anzahl — hier, bei 28 Axen, mit zwei Bremſern —

Act. [20] § 38

beſetzt ſei, ſich zu kümmern.

Arends lehnt dieſe Verantwortlichkeit ab, weil in ſeiner Bremſer=Inſtruction von der Fürſorge für Bremſer nichts bemerkt ſei, und er freilich zufolge derſelben die Dienſtanweiſung der Schaffner kennen müſſe und gekannt habe,

Act. [4] § 24.

in der Dienſtanweiſung der Schaffner aber von den Zugführer=Verrichtungen und insbeſondere von der Fürſorge für die gehörige Beſetzung der Züge mit Bremſern Nichts vorkomme, die hierauf bezüglichen Vorſchriften vielmehr nur in der Oberſchaffner= (Zugführer=) Inſtruction

Act. [20]

ſich fänden, welche nicht in den Bereich desjenigen gehöre, was er amtlich zu kennen verpflichtet ſei. Und hierin iſt ihm beizuſtimmen. Freilich wird in den Entſcheidungsgründen zum Obergerichts=Erkenntniſſe darauf verwieſen, in der Schaffner=Inſtruction werde dem Schaffner zur Pflicht gemacht, die

Oberschaffner= (Zugführer=) Instruction zu besitzen und zu kennen, und da (wie schon bemerkt) die Wagenwärter die Instruction der Schaffner kennen müßten, so seien dieselben mittelbar auch verbunden, sich mit der Oberschaffner= (Zugführer=) Instruction bekannt zu machen. Allein schon der Wortlaut des bezüglichen Theils der Wagenwärter=Instruction steht dieser Auffassung entgegen, indem es a. a. O. heißt, der Wagenwärter solle verpflichtet sein, vorkommenden Falles

„die Verrichtung des Dienstes der Schaffner aushelfend zu übernehmen und zu besorgen. Deshalb solle er mit der Dienstanweisung für Schaffner versehen sein, um den Inhalt derselben genau zu wissen."

Hier ist nur von dem Besitz und der Kenntniß der Schaffner=Instruction — überhaupt nur von der Vertretung der Schaffner, nicht auch von dem Besitz und der Kenntniß der Oberschaffner= (Zugführer=) Instruction, auch nirgendwo von einer Vertretung der Oberschaffner durch die Wagenwärter die Rede.

Dem Arends steht es denn auch bei diesem Punkte zur Seite, daß nach den übereinstimmenden Erklärungen der General=Direction und der Bahnhofs=Beamten die Bestellung eines Wagenwärters (Bremsers) zum Zugführer etwas nach den bestehenden Einrichtungen Ungehöriges gewesen ist, was sich nur durch eine mißbräuchliche Uebung habe einschleichen können. Verhält es sich aber in vorgedachter Weise, so ist zugleich dadurch die Annahme ausgeschlossen, daß es zur amtlichen Verpflichtung der betreffenden Beamten gehöre, auch ohne den Empfang einer besonderen Instruction für die Ausführung eines Auftrages der betreffenden Art vollständig gerüstet zu sein.

Vielen Schein hat es dagegen, daß dem Arends daraus ein Vorwurf zu machen ist, daß er nicht in den geständlich vernommenen Worten des Pleuß

„er möge noch einen Mann mitnehmen"

Prot. p. 10.

(oder wie Stempel deponirt hat

„Sie können noch einen Arbeitsmann mitnehmen,“
Act. [13] p. 3)
eine Weiſung erblickt hat, für die Beſetzung des Güterzuges wenigſtens mit einem Bremſer zu ſorgen (was freilich, wie aus der oben angegebenen Beſtimmung der Oberſchaffner-Inſtruction § 38 erhellt, der beſtehenden Ordnung nicht entſprochen haben würde). Wenngleich nämlich es hier nicht an Momenten fehlt, welche der Arends mit einigem Grunde zu ſeinen Gunſten geltend machen kann, — indem er völlig unerwartet (er hatte, wie in den Acten nicht in Zweifel gezogen iſt, mit dem Perſonenzuge abgehen ſollen und wollen, auch bereits ſeine Effecten in eines der Coupés deſſelben gelegt
Act. [8] p. 4)
behufs einer ihm nicht geläufigen, unverzüglich in Ausführung zu bringenden Function in Thätigkeit geſetzt wurde; indem ferner der in Frage ſtehende Theil des im Lärm des abgehenden Perſonenzuges
Prot. p. 8. 9
ertheilten Pleuß'ſchen Befehls, theils der äußeren Umſtände halber, theils wegen ſeiner hier unpaſſenden Kürze und in gewiſſem Maße anzunehmenden Unklarheit, leicht mißzuverſtehen war; indem endlich Arends mit einigem Schein bemerkt, er ſei in ſeiner Wagenwärter-Stellung überhaupt nicht in der Lage, jedenfalls ſei er unter den damaligen dringenden Umſtänden zu jener Zeit nicht in der Lage geweſen, andere Angeſtellte commandiren zu können —, ſo bleibt doch immer der Vorwurf übrig, daß er, ſtatt über den Sinn des bezüglichen Theils des Pleuß'ſchen Auftrages, wenn derſelbe ihm nicht ganz verſtändlich war, eine Aufklärung zu verlangen, eventuell, wenn derſelbe für ihn überhaupt nicht, oder doch unter den damaligen Umſtänden nicht ſofort ausführbar war, deſſen Uebernahme dem Pleuß gegenüber abzulehnen, ohne Berückſichtigung des ihm Geſagten weiter verfuhr, wobei er nicht im Zweifel darüber ſein konnte, daß Etwas unterblieben ſei, was nach der Abſicht des Pleuß vor dem Abgange des Zuges hätte ausgeführt werden ſollen.

Es kommt indessen bei der criminellen Beurtheilung des Arends'schen Verhaltens auf diesen Punkt deshalb nicht an, weil ein Causalzusammenhang zwischen der Nicht-Besetzung des Güterzuges mit Bremsern und dem erfolgten Unfalle nach dem Inhalt der Acten nicht angenommen werden kann, während doch, um gegen den Inculpaten strafend einschreiten zu können, außer einem ungehörigen Verhalten desselben ein dadurch bewirkter Unfall bewiesen vorliegen mußte.

So begründet die Annahme sein würde, daß, wenn die vorschriftsmäßigen 8 Minuten bei der Expedirung des Güterzuges eingehalten worden wären, der Unfall sich nicht ereignet hätte, eben so unwahrscheinlich ist es — und jedenfalls liegt kein Beweis dafür vor — daß der Zusammenstoß vermieden worden sein würde, wenn der Güterzug mit Bremsern besetzt gewesen wäre. Denn in Folge der, insbesondere durch die nachträglichen Vernehmungen in völlige Gewißheit gebrachten, von dem Locomotivführer des Güterzuges nicht zu erwarten gewesenen zwei Umstände, erstens, daß ungehöriger Weise von Sebaldsbrück aus, während das Haltesignal von dorther hätte angegeben werden müssen, das Signal, die Bahn sei frei, gegeben war, und zweitens, daß die Signal-Laterne am Ende des Personenzuges — ebenfalls ungehöriger Weise — sei es durch den Sebaldsbrücker Weichenwärter selbst, sei es durch andere Personen, welche die damals abgesperrt zu haltende Bahn passirten, verdeckt, und dadurch die Anwesenheit des Personenzuges auf dem Bahnhofe zu Sebaldsbrück den Blicken der Lenker des Güterzuges entzogen wurde,

Prot. p. 30 31, 32, 37. 38, 43. 44, 88, 89. 92.

gelangte der Güterzug in eine solche Nähe zum Personenzuge, bevor ein Anhalten desselben versucht werden konnte, daß das Besetztsein der Bremsen der Güterwagen aller Wahrscheinlichkeit nach ohne Wirksamkeit geblieben sein würde. — Der Mit-Inculpat Schäfer giebt

Act. [14] p. 5

die Entfernung des Güterzuges vom Personenzuge zu der Zeit, als letzterer wahrgenommen wurde, nur auf 100 bis 150 Fuß an, welcher Angabe gegenüber es nicht in Betracht kommt, wenn er auf Seite 15 des Protocolls die Schuld des Unfalls von sich ab und auf das Fehlen der Bremser schiebt; und der in der Nähe des Sebaldsbrücker Bahnhofes stationirt gewesene, unbetheiligte Zeuge Othmer giebt übereinstimmend mit jener Schäfer'schen Aussage an, daß, als Schäfer, nachdem er den Personenzug erblickt, das Zeichen mit der Pfeife gegeben habe,. es längst zu spät gewesen sei, um dem Unfalle vorzubeugen.

Prot. p. 88.

Dasselbe geht aus den Aussagen des Zollbeamten Rose

Prot. p. 18

hervor. Dieser deponirt: „erst als der Feuermann in Sebaldsbrück (in der gewöhnlichen Weise) zum Anhalten gebremst habe, habe Schäfer gerufen: „Mein Gott, da steht ja noch der Personenzug. Feste! Feste!" Bis dahin hätten sie den Personenzug nicht gesehen." Freilich widerspricht der Weichenwärter Diedrich Haake zu Sebaldsbrück der Othmer'schen Angabe,

Prot. p. 38,

allein die Aussage dieses Mannes, der, wie insbesondere aus den späteren Ermittelungen

Prot. p. 86. 92

hervorgeht, in der Lage war, die Schuld des Unfalls gerade von sich abwenden zu müssen, verdient hier keinen Glauben. Auch kann der Aeußerung des Feuermanns Duckstein, daß seiner Meinung nach das Anspannen der Bremser noch von Wirksamkeit gewesen sein möchte,

Prot. p. 27,

zumal da es sich hier um eine technische Beurtheilung handelt, keine Erheblichkeit beigemessen werden.

Demnach war, wie im Erkenntniß geschehen, in Betreff beider Inculpaten absolutorisch zu sprechen.

Frankfurt. 15.

J. Müller zu Heidelberg, Kläger, wider M. Linel zu Frankfurt, Beklagten, Forderung betreffend.

---

1) Erkenntniß des Stadtgerichts zu Frankfurt vom 27. Februar 1863.

I. — — — —

II. Die Klage ist auf Zahlung einer Provision von 5000 fl., abzüglich bezahlter 400 fl., mit annoch 4600 fl. gerichtet, welche der Beklagte dem Kläger für dessen Vermittelung bei dem Verkaufe eines der Gemeinde Ernsbach im Königreich Württemberg gehörig gewesenen Waldes versprochen habe. Als weiterer Klaggrund wird angegeben, daß Aron Linel, der Bruder des Beklagten, von Letzterem dazu bevollmächtiget, nach Abschluß des Kaufes die Richtigkeit und Fälligkeit der Provisionsforderung anerkannt habe. Beiden Klaggründen wird von dem Beklagten Widerspruch entgegengesetzt, indem er bezüglich des ersteren behauptet, die Provision von 5000 fl. sei nur unter der nach [13] act. nicht eingetretenen Bedingung versprochen worden, daß die Königlich Württembergische Regierung die Erlaubniß zur Abholzung und Urbarmachung des Waldes ertheile, auch sei das Versprechen nicht von ihm allein, sondern nur in Gemeinschaft mit seinen Mitkäufern Simon Linel und Samuel Rosenbaum (resp. dessen Nachfolger Moritz Budge) gegeben worden, und könne er daher eventuell nur für den dritten Theil der Provision in Anspruch genommen werden, wie es Kläger durch seine den drei Käufern ertheilte Quittung über die abschläglich bezahlten 400 fl., [9] act., auch anerkannt habe. Da diese Quittung aber nicht besagt, für wessen Rechnung Kläger die Zahlung erhalten, so kann durch dieselbe der Beweis der behaupteten Anerkennung noch nicht als geführt angenommen werden.

Kläger muß nun in Bezug auf beide Klaggründe als der beweispflichtige Theil erscheinen, da er nach den in der Rechtsprechung über qualificirtes Geständniß feststehenden Grundsätzen auch durch das von dem Beklagten bedingt zugegebene Provisionsversprechen von der Beweislast nicht entbunden wird, gleichwie auch die bei den Acten befindlichen Urkunden und sich aus denselben ergebenden sonstigen thatsächlichen Momente diese Beweise in keiner Hinsicht zu beseitigen geeignet sind.

Wenn bei der ursprünglichen Uebereinkunft zwischen den Parteien am 13. März 1862 [7] act. die Genehmigung der Regierung zur Abholzung und Urbarmachung des Waldes vorausgesetzt wurde, so war dies damals Bedingung des ganzen Geschäftes und konnte gar nicht speciell auf die nicht besonders erwähnte und lediglich in dem auf 60,000 fl. bestimmt gewesenen Kaufpreis mit 16,300 fl. einbegriffene klägerische Provision bezogen werden. Der Beweis der beklagtischer Seits behaupteten Bedingung wird daher durch diese Urkunde nicht hergestellt. Hierzu kommt aber, daß der Beklagte sich in [11] act. am 3. April 1862 unbedingt und persönlich verbindlich machte, dem Kläger eine Provision von 11,300 fl. zu zahlen, wenn der fragliche Kauf zu Stande käme, und daß Beklagter bei Ausstellung dieser Urkunde auch unzweifelhaft von der Ansicht ausgegangen ist, daß er nicht der alleinige Käufer des Waldes sei. Nachdem nun auch, wie sich aus [8] act. ergiebt, am 17. April 1862 der Kauf wirklich zu Stande gekommen ist, und zwar ohne daß Beklagter und seine Mitkäufer die Genehmigung der Regierung zur Abholzung und Urbarmachung zur Bedingung setzten, müßte das Versprechen der Provision und deren Fälligkeit sogar erwiesen erscheinen, wenn nicht Kläger in seinem Schreiben vom 25. April 1862, [14] act., selbst erklärt hätte, daß die Uebereinkunft vom 3. April 1862, [11] act., durch eine andere ersetzt worden wäre.

Es kann daher den Parteien nur vorbehalten bleiben, den Acteninhalt bei der Beweisführung mitzubenutzen.

Daß Beklagter endlich auch behauptet, Kläger hätte sich verbindlich gemacht, die Genehmigung zur Abholzung und Urbarmachung des Waldes zu bewirken und ihm deshalb zum Schadensersatz verpflichtet sei, kann nicht in rechtlichen Betracht gezogen werden, da er einen desfallsigen Schaden nirgends geltend gemacht hat.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

A. — — —

B. Kläger hat binnen vorzuberaumender Frist, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun:

entweder:

daß ihm der Beklagte im Monat April 1862 für seine Vermittelung bei dem Verkaufe des der Gemeinde Ernsbach im Königreich Württemberg gehörig gewesenen Waldes eine nach definitivem Kaufabschlusse zu zahlende Provision von 5000 fl. zu zahlen versprochen habe,

oder

daß Aron Linel, der Bruder des Beklagten, von Letzterem dazu bevollmächtigt, nach Abschluß des Verkaufes die Richtigkeit und Fälligkeit der klägerischen Provisionsforderung von 5000 fl. an den Beklagten anerkannt habe.

C. Dem Beklagten bleiben gegen die erste klägerische Beweisalternative auch die Beweise vorbehalten:

daß er die fragliche Provision nur unter der Bedingung, daß die Königlich Württembergische Regierung die Erlaubniß zur Abholzung und Urbarmachung des Waldes ertheile, oder nur in Gemeinschaft mit seinen beiden Mitkäufern des Waldes ertheilt habe.

D. Soll demnächst je nach dem Ergebniß der Beweisführung in der Sache selbst und der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens.

2) Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Frankfurt vom 22. Mai 1863.

(Auf Appellation beider Theile.)

In der vorliegenden Klagsache hat das Stadtgericht auf Beweis erkannt, während Kläger mit seiner Principalbeschwerde sofortige Verurtheilung des Beklagten, der Beklagte hingegen mit seiner Principalbeschwerde sofortige Abweisung des Klägers und beide Theile mittelst eventueller Beschwerden anderweite Regulirung der Beweislast, beziehungsweise Normirung des Beweises beantragen.

Bei Beurtheilung dieser Beschwerden ist zunächst die der Klage gegebene Begründung zu erwähnen. Der Kläger verlangt, unter Angabe des Empfanges einer Abschlagszahlung von 400 fl., die Auszahlung eines Restbetrags von 4600 fl. von dem Beklagten, weil er demselben bei Ankauf des Ernsbacher Gemeindewaldes Oberamts Öhringen im Königreich Württemberg als Unterhändler gedient und ihm der Beklagte eine sofort nach definitivem Kaufabschlusse zu zahlende Provision von 5000 fl. zugesagt habe, weil im April 1862 der Kauf des Waldes vorbehältlich der Verkaufs-Genehmigung der vorgesetzten Behörde definitiv abgeschlossen, diese Genehmigung des Kaufgeschäftes im Lauf des Monats Mai 1862 ertheilt und hierauf der Kauf gerichtlich bestätigt und die Kaufbriefe ausgefertigt und behändigt worden; ferner weil, als er hierauf die ihm zugesagte, nunmehr fällige Provision von 5000 fl. von dem in Auftrag und in Vollmacht des Beklagten in Ernsbach anwesenden Bruder desselben gefordert, dieser die Richtigkeit und Fälligkeit der Forderung ausdrücklich und stillschweigend, letzteres insbesondere auch dadurch anerkannt, daß er ihm eine Abschlagszahlung von 400 fl. gemacht und die Unterlassung der Zahlung resp. die Geringfügigkeit der Abschlagszahlung damit entschuldigt habe, daß er in Folge geleisteter Zahlung der Angabe auf den Kaufpreis des Waldes kein weiteres Geld bei sich führe.

Von dem Beklagten ist geläugnet:

daß dem Kläger versprochen worden sei, ihm die Provision
sofort nach definitivem Kaufabschlusse zu bezahlen,

und vielmehr als anderer Sachverhalt angegeben, daß die Zusage und Zahlung der Provision ausdrücklich an die von Anfang aller Unterhandlungen bestandene, nie aufgehobene und sich darum auch schließlich von selbst verstehende Bedingung geknüpft blieb, daß die Regierung die Genehmigung zur Urbarmachung des Waldes ertheile, daß der Kläger, seine Bekanntschaft mit den Württembergischen Rechtsverhältnissen vorgebend, die Zusage dieser Genehmigung ertheilt, beziehungsweise für die Ertheilung der Genehmigung durch die Regierungsbehörde die Garantie übernommen habe, daß nicht der Beklagte, sondern dieser und seine Theilnehmer an dem Kaufe dem Kläger die obige bedingte Provision versprochen hätten, indem die desfallsige Vereinbarung einerseits zwischen dem Kläger und andererseits zwischen dem Beklagten Michael Linel, ferner dessen Vater Simon Linel (vertreten durch seinen Bevollmächtigten Aron Linel) und dem Samuel Rosenbaum, in dessen Stelle jetzt Moritz Budge eingetreten, am 17. April 1862 getroffen worden sei. Gestützt auf diese Angaben eines andern Sachverhalts und das weitere Anführen, daß die nachgesuchte Genehmigung der Regierung zur Urbarmachung des Waldes noch nicht erfolgt sei, hat der Beklagte mit seiner Vernehmlassung beantragt, den klägerischen Provisionsanspruch als überhaupt verfrüht und rücksichtlich zweier Drittheile als unbegründet zurückzuweisen, in seiner Schlußerklärung dagegen die gänzliche Abweisung des Anspruchs verlangt, weil inzwischen die Genehmigung der Urbarmachung des Waldes laut [13] der Acten des Stadtgerichts von der Württembergischen Regierung versagt worden sei.

Gleichfalls hat der Beklagte geläugnet, daß die Richtigkeit und Fälligkeit des gegen ihn erhobenen Provisionsanspruchs je anerkannt worden. Er hat vielmehr behauptet, die laut [9] der Acten des St.-Ger. von Aron Linel und Max Budge dem Kläger gezahlten 400 fl. seien demselben aus Rücksicht auf sein vielfaches Bitten als unverbindliche Vorauszahlung

der Käufer und unter der ausdrücklichen Erklärung verabfolgt worden, daß er nicht eher etwas zu erhalten habe, als bis die Genehmigung der Urbarmachung des Waldes eingetroffen sei.

Da der Kläger diesen Behauptungen eines anderen Sachverhalts gegenüber die Angaben seiner Klage aufrecht hält, so liegt kein Grund vor, seine Klage, sei es als verfrüht, sei es als unbegründet, sofort zurückzuweisen. Eben sowenig kann aber auch von einer sofortigen Verurtheilung des Beklagten die Rede sein. Beide Theile haben sich zwar für ihre Behauptungen auf bei den Acten befindliche Urkunden berufen, allein ihr versuchter anticipirter Beweis kann überall nicht als ausreichend erachtet werden. Aus der Vereinbarung vom 13. März 1862 [7] der Acten 1. J. ergiebt sich zwar, daß bei einer in Aussicht genommenen Zahlung von 60,000 fl. für den Wald, von welchem Betrage die verkaufende Gemeinde 43,700 fl., der Kläger hingegen die übrigen 16,300 fl. zu erhalten gehabt hätte, die Befugniß des Käufers, den Wald abzuholzen und urbar zu machen, die ausdrückliche Voraussetzung dieses Projectes war. Desgleichen ergiebt [11] der Acten 1. J., daß eine spätere Zusage des Beklagten an den Kläger vom 3. April 1862 einfach für den Fall des Ankaufs des Waldes auf eine nach Genehmigung und Ausfertigung des Kaufbriefes zu zahlende Provision von 11,300 fl. lautete. Ob nun aber die schließlich bei einem Ankaufspreis von 40,300 fl. für den Wald mündlich vereinbarte Provision für den Kläger von 5000 fl., wie der Beklagte behauptet, durch die erfolgende Regierungsgenehmigung zur Urbarmachung des Waldes bedingt, oder ob sie, wie der Kläger angiebt und aus dem Inhalte von [7. 11.] und [14] der Acten des St.-Ger. durch Schlußfolgerung nachgewiesen erachtet, unbedingt und sofort zahlbar nach definitivem Kaufabschlusse zugesagt worden ist, darüber kann unmöglich unter Ausschließung des ordentlichen Beweisverfahrens, insbesondere über den von dem Beklagten behaupteten a u s d r ü c k l i c h bedingten Wortlaut der Zusage, schon jetzt erkannt werden. Zwar

zeigt der Kaufbrief, [8] der Acten 1. J., daß die Befugniß der Käufer zur Urbarmachung des Waldes in den Bestimmungen des Kaufbriefes nicht vorbehalten ist, und der Kläger findet darin die Bestätigung seiner Behauptung, daß der Beklagte von dieser ursprüglich in Aussicht genommenen Befugniß schließlich abgegangen sei; allein dieser Folgerung steht noch zur Zeit die Angabe des Beklagten entgegen, daß nur die klägerische Uebernahme einer Garantie für die erfolgende Regierungsgenehmigung zur Urbarmachung des Waldes den kaufenden Theil bestimmt habe, den Kaufbrief in seiner vorliegenden Form zu unterzeichnen.

Auch in Ansehung der abweichenden Angaben der Parteien über den Umfang der Verbindlichkeit des Beklagten kann das ordentliche Beweisverfahren nicht umgangen werden. Die hier nicht weiter in Frage stehende Provision von 11,300 fl. hatte nach dem Wortlaut der obigen Urkunde [11] nur der Beklagte dem Kläger zugesagt, übrigens unter dem Beifügen, daß im Fall des Eingehens auf den Kauf sein Vater an dem Kaufe Theil nehmen werde. Und die Quittung des Klägers vom 23. Mai 1862 in [9] der Acten 1. J. lautet:

> Von Herrn Simon und Michael Linel und Herrn Moritz Budge 400 fl. erhalten zu haben.

Ob und inwieweit die erste dieser Urkunden für den künstlichen Beweis einer Zusage der Zahlung der Provision von 5000 fl. durch den Beklagten Michael Linel, mit welchem allein der Kläger wegen dieser Provision contrahirt haben will, oder die zweite der obigen Urkunden für den künstlichen Beweis eines Contrahirens des Klägers mit Michael Linel, Simon Linel und Samuel Rosenbaum dienlich sein kann, ist dermalen nicht weiter zu untersuchen. Keiner der Streittheile ist befugt, dem Andern den unmittelbaren Beweis seiner Behauptung zu entziehen oder den Andern in der Benutzung aller zulässigen Beweismittel zu beschränken, zu deren Beibringung in dem ordentlichen Processe vor dem angeordneten Beweistermin keine Verpflichtung besteht.

Hiernach müssen die beiderseitigen Principalbeschwerden als unbegründet verworfen werden.

Das Gleiche gilt von der eventuellen klägerischen Beschwerde, welche dahin lautet, daß nicht der Kläger beweispflichtig sei, sondern der Beklagte, um der Verurtheilung zu entgehen, Beweis zu führen habe.

Da der obigen Darlegung zufolge der Beklagte die Klagebegründung in wesentlichen Punkten unter Angabe des andern Sachverhalts in Abrede gestellt hat, und da auch das s. g. qualificirte Geständniß als ein Verneinen der gegnerischen Behauptung aufzufassen ist, so hat der Kläger keinerlei Grund zur Beschwerde über die Vertheilung der Beweislast im Erkenntnisse des Stadtgerichts.

Hinsichtlich der eventuellen Beschwerden des Beklagten kommt Folgendes in Betracht.

Es kann keinem Bedenken unterliegen, das Datum in dem ersten klägerischen Beweissatz als 17. April 1862 zu erläutern, da beide Theile darin übereinstimmen, daß die Provision von 5000 fl. an diesem Tage vereinbart worden ist.

Dagegen ist die erste klägerische Beweisalternative zwar von einer unbedingten Zusage der Provision zu verstehen, es ist aber dem Kläger nicht der Beweis der Unbedingtheit der Zusage speciell aufzulegen,

Bayer, Vorträge, 8. Aufl. S. 739.

vielmehr genügt der Beweis einer ertheilten Zusage, die sich als eine bedingte nicht darstellt, während der Nachweis beigefügter Bedingung den Gegenbeweis bildet.

Auch dem Ansinnen, daß Kläger neben dem Zahlungsversprechen des Beklagten noch beweisen soll, der Beklagte habe für seine alleinige Rechnung Zahlung versprochen, kann nicht Folge gegeben werden. Wer eine Zahlungsverpflichtung eingeht, ohne sich als Contrahent in fremdem Namen darzustellen, von dem muß angenommen werden, daß er für eigene Rechnung contrahirt hat. Der Beklagte behauptet selbst nicht, daß er sich bei der dem Kläger ertheilten Zusage für $^{2}/_{3}$ der Provision als für Rechnung des Simon Linel

und des Samuel Rosenbaum handelnd dargestellt habe, sondern er behauptet vielmehr, daß er nur in persönlicher Gemeinschaft mit dem Genannten dem Kläger eine Provision von 5000 fl., mithin für seinen Antheil nur 1666 fl. 40 kr., versprochen habe, und dieser Beweis ist ihm vorbehalten.

Was die zweite Beweisalternative des Klägers betrifft, so liegt kein Grund vor, den Beweis der Anerkennung des klägerischen Anspruchs an den Beklagten durch Aron Linel auf eine ausdrückliche Anerkennung zu beschränken. Der Kläger hat sich in seiner Klage sowohl auf ausdrückliche als auch auf thatsächliche Anerkennung berufen, auch in letzter Beziehung bereits verschiedene Thatsachen angegeben. Inwieweit diese für seinen Beweis dienlich sein mögen, muß der Beurtheilung im Beweisverfahren vorbehalten bleiben. Das Erforderniß, daß Aron Linel von dem Beklagten zu einer Anerkennung ermächtigt gewesen sein muß, findet sich in der Beweisnormirung des Stadtgerichts bereits ausgesprochen.

Aus diesen Gründen wird das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 27. Februar 1863 mit der Erläuterung bestätigt, daß die Worte in der ersten klägerischen Beweisalternative „im Monat April 1862" vom 17. April 1862 zu verstehen sind.

Die Kosten dieser Instanz werden gegen einander verglichen.

---

3) Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 24. Februar 1865.

(Auf Appellation des Beklagten.)

In Erwägung

1) daß Beklagter und Appellant dieselben Beschwerden, welche er in gegenwärtiger Instanz erhoben hat, schon in zweiter Instanz aufgestellt hatte, diese Beschwerden aber aus den im Wesentlichen für zutreffend zu erachtenden Erwägungen zu dem in zweiter Instanz ergangenen Erkenntnisse vom 22. Mai 1863 sämmtlich für unbegründet zu erachten sind; und insbesondere

2) daß erst in dem bevorstehenden Beweisverfahren sich vollständig ergeben kann, welche Bedeutung für die Beweisführung den von den Parteien zu den Acten gebrachten Urkunden beizulegen sein wird, den Parteien aber rücksichtlich der Benutzung der schon zu den Acten vorliegenden Beweismittel nichts aberkannt worden;

3) daß die Fassung der Beweissätze, sowie die bisherigen Erkenntnisse dieselbe feststellen, die Behauptungen der Parteien, soweit sie noch bestritten sind, in sachgemäßer Weise berücksichtigt, jedenfalls aber dem Beklagten nicht zur Beschwerde gereicht, da ihm freigelassen worden, sowohl den Beweis der Bedingung, von welcher nach seiner Anführung das eingeklagte Versprechen abhängig gemacht worden, zu führen, als auch den Beweis zu erbringen, daß er dieses Versprechen nur in Gemeinschaft mit den beiden andern Käufern des fraglichen Waldes ertheilt habe, und es ihm selbstverständlich freisteht, alle Momente, aus denen seine nur theilweise Verpflichtung zu folgern sein möchte, bei der Beweisführung geltend zu machen;

4) daß die Anführung des Beklagten, Kläger habe die von ihm behauptete stillschweigende Anerkennung der klägerischen Forderung durch Aron Linel lediglich auf die am 23. Mai 1862 geschehene Abschlagszahlung gestützt, der Begründung in den Acten entbehrt, und

5) daß nach der Fassung des betreffenden Beweissatzes im Erkenntnisse des Stadtgerichtes sub B. Kläger zu beweisen haben wird, Aron Linel habe vom Beklagten eine Vollmacht von solchem Umfange erhalten, daß er durch die Anerkennung der klägerischen Forderung den Beklagten rechtlich verpflichten konnte, es aber unzweifelhaft nicht erforderlich war, den Beweis des Klägers darauf zu beschränken, daß Beklagter den Aron Linel speciell zur Anerkennung der fraglichen Forderung autorisirt habe;

6) daß endlich, wenn die Anerkennung der Richtigkeit und Fälligkeit dieser Forderung in den Beklagten rechtlich verbindender Weise vom Kläger dargethan werden sollte,

dieser Anerkennung gegenüber die dem Beklagten bezüglich der ersten Alternative des stadtgerichtlichen Beweissatzes sub B. freigelassenen Beweise nicht weiter in Betracht kommen können; —

erkennt das Oberappellations-Gericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 22. Mai 1863 unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu bestätigen sei.

Lübeck. 16.

Die Aeltesten der Hauszimmerleute **C. G. Lehmann** und **L. E. Meyer** zu Lübeck, Kläger, gegen Dr. **M. H. Cords** zu Travemünde, Beklagten.

Rechtsfall: Dr. Cords, Eigenthümer der Travemünder Badeanstalt, hatte im Sommer 1863 in der Nähe des sogen. Seetempels auf ihm gehörigem Grunde eine Ziegelscheune von Fachwerk erbaut, und sich dabei für die Zimmerarbeit Unzünftiger bedient. Das Amt der Hauszimmerleute belangte ihn deßhalb wegen unbefugten Bauens, und gründete seine Klage darauf, daß das Grundstück, auf dem das qu. Gebäude erbaut sei, innerhalb des Travemünder Jurisdictionsbezirks und außerhalb der Gneversdorfer Scheide, also innerhalb ihres Zunftgebiets liege. In der Vernehmlassung gab der Beklagte die Lage der fraglichen Scheune, deren Bau durch Unzünftige er einräumte, dahin an, sie liege am Brodtener Ufer, und wie er in der Duplik näher behauptete, in der Gneversdorfer resp. Brodtener Feldmark, bestritt aber auch für den Fall, daß der Platz zum Jurisdictionsbezirk von Travemünde gehöre, daß Kläger ihm diesen Bau verbieten

könnten, indem ihr Zunftrecht sich nur auf Lübeck nebst Landwehr und auf das Städtchen Travemünde, nicht aber auf dessen weiteren Jurisdictionsbezirk beziehe. Replicando machten die Kläger geltend, der fragliche Grund sei alter Besitz der Stadt Lübeck, weil im Jahre 1329 von diesem zugleich mit Travemünde erworben. Dieser aber sei ihrem Zunftgebiet unterworfen, und verwiesen sie hierfür auf das Erkenntniß des O.-A.-Gerichts in Sachen Kindt u. Cons. wider den Müller Ziems vom Novbr. 1856. *)

Wettegerichts-Erkenntniß vom 9. Februar 1864.

In Erwägung daß, den thatsächlichen Grund der Klage anlangend, Beklagter einräumt, daß er am Brodtener Ufer, unfern des Seetempels und außerhalb der Gneversdorfer Scheide, am Strande der Ostsee, eine Ziegelscheune habe aufrichten lassen, sowie daß die dabei vorgekommenen Hauszimmerarbeiten durch dem klägerischen Amte nicht Angehörige beschafft worden seien;

daß, soviel den Rechtspunkt betrifft, die Klage darauf gestützt ist, daß

---

*) In den Entscheidungsgründen dieses Erkenntnisses heißt es:

.... Die Einwendung, Travemünde liege außerhalb des lübeckischen Zunftgebietes, da dieses sich nicht über die Landwehr hinaus erstrecke, ist ein Irrthum. Der Gegensatz des Gebietes innerhalb und außerhalb der Landwehr berührt rechtlich Travemünde nicht, sondern ist nur der des alten Stadtgebiets einerseits und der späteren Erwerbungen, also namentlich der s. g Kämmerei-Dörfer und der ehemals zum Domcapitel gehörenden andrerseits. Travemünde ist alter Besitz der Stadt, und steht namentlich in gewerblicher Beziehung, also rücksichtlich der Verbietungsrechte der lübeckischen Zünfte, dem Gebiete innerhalb der Landwehr rechtlich im Wesentlichen gleich, während factisch insofern ein Unterschied zwischen ihnen stattfindet, daß bei der Entlegenheit des Städtchens von dem Sitz der Zünfte und in Berücksichtigung seiner Populationsverhältnisse mehre und andere Handwerke, als sonst auf dem platten Lande in der Regel gestattet sind, mit Bewilligung der lübeckischen Zünfte dort im Ort selbst betrieben werden.

1) dem klägerischen Amte das ausschließliche Recht zustehe, innerhalb des Zunftgebietes alle Hauszimmerarbeit auszuführen, und

2) das Grundstück, auf welchem die gedachte Ziegelscheune errichtet worden, in jenem Gebiete belegen sei;

daß von diesen beiden Behauptungen Beklagter zwar erstere nicht bestreitet, letztere jedoch mit Bestimmtheit in Abrede stellt;

daß demnach Kläger den von dem Beklagten geleugneten Theil des rechtlichen Grundes ihrer Klage zu erweisen haben, und zwar um so gewisser, da, wenngleich es notorisch und durch neuere gerichtliche Entscheidungen (s. Erkenntniß des Wettegerichts vom 24. Juli 1855 in Sachen der Bäcker zu Travemünde w. den Müller Ziems, wegen Brodverkaufs, bestätigt durch die Urtheile des Obergerichts vom 29. Novbr. 1855 und des Ober-Appellationsgerichts vom 29. Novbr. 1856) anerkannt ist, daß der den hiesigen Zünften zustehende Zunftzwang nicht bloß auf das Städtchen Travemünde selbst, sondern auch auf dessen Feldmark sich erstreckt, doch von den Klägern nur allgemein behauptet worden ist, daß das in Rede stehende Grundstück innerhalb des Jurisdictionsbezirkes des Gerichtes Travemünde liege, ohne hervorzuheben, daß dasselbe auch in der Feldmark von Travemünde belegen sei;

daß nun aber jener Beweis nicht bereits hergestellt ist, namentlich nicht durch die Berufung der Kläger auf eine im Urkundenbuche der Stadt Lübeck abgedruckte Urkunde vom Jahre 1329 und durch die daraus entnommene Thatsache, daß das fragliche Grundstück alter Besitz der Stadt Lübeck sei, indem aus dieser Thatsache, selbst wenn dieselbe als wahr sich erwiese, keineswegs ohne Weiteres folgen würde, daß das mehrerwähnte Grundstück dem Zunftzwange der städtischen Zünfte unterworfen sei;

daß dagegen, falls Kläger den ihnen obliegenden Beweis erbringen würden, die Klage an sich, der von dem Beklagten

vorgebrachten Einwendungen ungeachtet, für begründet zu halten ist;

daß insbesondere darauf, wo die fragliche Ziegelscheune früher gestanden hat, und unter welchen Bedingungen dieselbe von dem Beklagten gekauft worden ist, vorliegend überall nichts ankommt, da, wie Beklagter stillschweigend eingeräumt hat, die Aufrichtung des Gebäudes für seine Rechnung auf einem ihm gehörigen Grundstücke erfolgt ist;

daß ebensowenig der von dem Beklagten behauptete Umstand, es sei die Scheune nicht neu gebauet worden, selbst wenn erwiesen, bei der Allgemeinheit des dem klagenden Amte auf sämmtliche Hauszimmerarbeiten zustehenden Verbietungsrechtes, die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung einer Entschädigung an das klagende Amt aufheben würde, derselbe vielmehr nur auf die Größe der eventuell zu zahlenden Entschädigung — worüber die Entscheidung für jetzt noch auszusetzen ist — von Einfluß sein möchte;

daß endlich der Einwand des Beklagten, die Scheune sei von Leuten, welche bei ihm in Lohn und Brod gestanden, errichtet worden, keine Berücksichtigung finden kann, da es durch mehrfache gerichtliche Präjudicate anerkannt ist, daß die ausschließlichen Arbeitsbefugnisse der Handwerkszünfte nur den wirklichen Dienstboten gegenüber hinwegfallen, nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten aber das Vorhandensein eines solchen Dienstbotenverhältnisses nicht angenommen werden darf;

erkennt das W.-G. für Recht:

Kläger sind schuldig, binnen 14 Tagen, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, zu Recht zu erweisen:

daß das Grundstück, auf welchem die streitige Ziegelscheune errichtet worden, innerhalb des Lübeckischen Zunftgebietes gelegen sei;

worauf sodann, je nach dem Ergebnisse solcher Beweisführung, weiter erkannt werden wird, was Rechtens.

Obergerichts-Erkenntniß
vom 11. Mai 1864.

Es wird der in dem angefochtenen Erkenntnisse den Klägern auferlegte Beweis dahin geändert, daß sie innerhalb einer vom Gerichte erster Instanz zu bestimmenden Frist, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, zu beweisen haben:

daß das Grundstück, auf welchem die streitige Ziegelscheune errichtet worden, weder innerhalb der Gneversdorfer, noch innerhalb der Brodtener Feldmark liege.

In solcher Maaße wird die Sache an die erste Instanz, nunmehr das Stadt- und Landgericht, zurückverwiesen und sind die Kosten dieser Instanz zu compensiren.

Entscheidungsgründe.

Da in den vorliegenden Acten mehrfach von der s. g. Bannmeile die Rede gewesen ist, so scheint es, um die streitige Frage von allen derselben fremdartigen Gesichtspunkten frei zu halten, angemessen, vorweg daran zu erinnern, daß in zunftrechtlicher Beziehung zwei verschiedene Localitäten unterschieden werden müssen, nämlich

1) der Ort, wo die streitige Arbeit verfertigt worden, von welchem aus sie in das Zunftgebiet eingeführt ist, und

2) der Ort, wohin sie gebracht ist und wo sie Verwendung finden soll.

Nur auf den ersteren, den Productionsort, bezieht sich das Institut der s. g. Bannmeile, welches sich nach dem s. g. Bönhasen-Mandat vom 1. Novbr. 1735, in dem jede Einfuhr einer auswärts von Unzünftigen gemachten Arbeit unbedingt verboten war, als eine beschränkende Auslegung dieses im Uebrigen noch jetzt als normirend vom Oberappellations-Gerichte

vgl. Bruhn I. p. 350.

und vom Wettegerichte

vgl. Urth. v. 1. April 1856 in S. Schmiede- und Rademacher-Amt w. Facklam und Fischer wegen eines Rollwagens.

anerkannten Gesetzes gewohnheitsrechtlich dahin ausgebildet hat, daß nur die innerhalb eines Umkreises von 8 Meilen gefertigten Arbeiten als der Einfuhr entzogen anzusehen sind.

vgl. Wehrmann, Zunftrollen S. 100. und das angeführte Urtheil des Wettegerichts v. 1. April 1856.

Es ergiebt sich hieraus, daß in Streitigkeiten, wo es auf die Bannmeile ankommt, die auf Hoheits- und Jurisdictions-Verhältnisse sich stützende politische Geographie gleichgültig, vielmehr nur die physische Geographie entscheidend ist.

Nun liegt freilich Siercksdorf, wo der Beklagte das fragliche Gebäude gekauft zu haben behauptet, noch innerhalb der Bannmeile. Es haben aber die Kläger hierauf kein Gewicht gelegt und würde das auch irrelevant sein, wenn der unstreitig innerhalb des Lübeckischen Gebietes belegene Ort, wo das Gebäude im vorigen Sommer aufgerichtet ist, dem Verbietungsrechte der hiesigen Zünfte entzogen wäre.

Hierum allein also handelte es sich in diesem Falle. Es war dabei zu untersuchen, ob und in welchem Sinne die in den adjungirten Acten i. S. Kindt u. Cons. im Beistande der Aeltesten des Weiß- und Fast-Bäcker-Amts zu Lübeck wider den Müller Ziems zu Travemünde vom Oberappellations-Gerichte gemachte Unterscheidung zwischen altem Besitz und neuen Erwerbungen der Stadt Lübeck richtig sei?

Zwei hiesige Gesetze giebt es, worin über die auf den Verwendungsort der Arbeiten sich beziehende Ausdehnung hiesiger Zunftrechte etwas bestimmt ist.

a) In dem Recesse von 1605 heißt es nach J. J. Moser, Reichsstädtisch Handbuch Thl. II. S. 188:

„So viel aber die Waaren, so die Bürger und Andere „außerhalb der Stadt auf den Dörfern oder Höfen verfertigen „lassen, betrifft, sollen die, wann sie in die Stadt gebracht, „oder sonsten in Jurisdictione Senatus betroffen, — genommen, confisciret, oder gemeinem Gute verfallen sein."

b) In dem erwähnten Mandate vom 1. November 1735 wird „einem jeglichen dieser Stadt Bürger, Einwohner

„und Unterthanen, wes Standes und Condition dieselbe „auch seien, ernstlich geboten und respective untersagt, daß sie

„I. Keine Bönhasen-Arbeit, weder in oder außer der „Stadt und Landwehr verfertigen lassen — — — — —

„III. — — — (werden) „die aus dieser Stadt Land„wehr und Jurisdiction ernstlich verwarnet —, von kei„nem dieser Stadt und deren Gebiete Angehörigen „einige heimliche Arbeit anzunehmen und zu verfertigen — „— — Auswärtige aber, die von dieser Stadt Bürgern, Ein„wohnern und Unterthanen ihnen gebrachte Arbeit zu „machen, oder das von ihnen auf Verkauf Gemachte in „hiesige Jurisdiction einzubringen."

Bei der Anwendung dieser Gesetze in unserer Zeit sind folgende Momente aus der Geschichte des Lübeckischen Gebietes zu berücksichtigen.

I. Erst durch den Reichsdeputations-Hauptschluß von 1803 sind

α) die früheren Capitelsdörfer und

β) die Dörfer des Johannis-Klosters (vgl. Dittmer Geschichte des Johannis-Klosters S. 173—174)

unter die unmittelbare Jurisdiction dieser Stadt gekommen.

II. In Betreff der Kämmereidörfer meint zwar der Beklagte, daß sie alter Besitz seien und also, da sie den Zunftrechten nicht unterworfen seien, gegen die zunftrechtliche Relevanz des alten Besitzes in Betracht kämen. Dabei sind indeß einige Momente aus der Geschichte dieser Dörfer übersehen.

Bei dem Erwerbe der Ritzerau'schen Güter hatte der lehnsherrliche Consens des Herzogs von Lauenburg besonders verkauft werden müssen.

vgl. Becker, Gesch. der Stadt Lübeck I. S. 423.

Dieser Lehnsnexus zu Lauenburg gab Veranlassung, daß in dem Processe, welcher später über die Vogtei Mölln geführt wurde, man seit dem Jahre 1580 auch alle jene Güter, die jetzigen s. g. Kämmereidörfer, der Stadt Lübeck streitig machte.

vgl. Behrens Topographie 2. Aufl. I. S. 118. 119.

In diesem Processe war am 23. Juni 1727 ein Urtheil des Reichskammergerichts ergangen, welches der Stadt Lübeck die Edition aller auch auf Ritzerau und die Möllnischen Pertinenzen bezüglichen Documente befahl, und es ward in den nächsten Jahren hierüber lebhaft verhandelt,

vgl. Becker l. c. Bd. III. S. 224 ff.

bis erst durch den Vergleich von 1747 die jetzt s. g. Kämmereidörfer der Stadt Lübeck definitiv zugestanden wurden.

vgl. Becker l. c. Bd. III. S. 270.

Bei einem Gesetze, welches eine so enge und feste Beziehung des Gebietes zur Stadt voraussetzt, wie das Mandat vom 1. Novbr. 1735, konnte man daher jene streitigen Dörfer damals wohl als ausgenommen von der allgemeinen Bezeichnung des Gebietes oder der Jurisdiction betrachten, und es hat sonach guten Grund, daß das Oberappellations-Gericht nicht die Lage einer Oertlichkeit innerhalb oder außerhalb der Landwehr, sondern vielmehr nur den Umstand für zunftrechtlich relevant erklärt hat, ob dieselbe alter Besitz der Stadt Lübeck oder neue Erwerbung sei. Alter Besitz in diesem Sinne ist alles Dasjenige, was am 1. Novbr. 1735 unbestritten unter der Jurisdiction dieser Stadt sich befand, alles Andere neue Erwerbung.

Aus dieser Lage der Dinge ergeben sich für Streitigkeiten über die Frage: ob die Zunftrechte auf eine gegebene Oertlichkeit anzuwenden sind? folgende Regeln über die Vertheilung der Beweislast:

1) Liegt der Ort unbestritten in dem alten Besitze, so hat die Partei, welche die Geltung der Zunftrechte an demselben behauptet, fundatam in jure intentionem, und der Gegner muß den Beweis einer Exemtion, wenn er solche behauptet hat, übernehmen.

2) Liegt der Ort in den neu (d. h. den seit 1735) erworbenen Gebietstheilen, so gilt das Umgekehrte.

3) Ist es ungewiß, ob ein gegebener Platz zum alten Besitze oder z. B. zur Feldmark eines Capitelsdorfes gehöre, so wird die allgemeine Regel von der Beweislast des klagen-

den Theils eintreten. Es wird aber dann nach dem allgemeinen processualischen Grundsatze, daß jeder Beweissatz auf bestimmte Thatsachen zu richten ist, und nicht eine logische Mischung von Thatsachen und Rechtssätzen enthalten darf, der Beweissatz gerade auf die streitige Thatsache, also darauf zu richten sein, daß der Ort zu der Feldmark des fraglichen Capitelsdorfes gehöre oder resp. nicht gehöre.

Dieser letztere Fall liegt hier vor, da der Beklagte durch die wechselnde Fassung seiner verschiedenen Erklärungen es ungewiß gelassen hat, ob er behaupten will, daß der fragliche Ort innerhalb oder außerhalb der Gneversdorfer Feldmark liege. Bei der Fassung des Beweissatzes war von der notorischen Thatsache auszugehen, daß es an dem ganzen Ostseestrande von dem Norder-Bollwerk bis zur Fürstlich Lübeckischen Gränze außer den Feldmarken der früheren Capitelsdörfer Gneversdorf und Brodten nur alten Besitz der Stadt Lübeck giebt, welche Thatsache die eventuelle Beschwerde der Kläger vollständig rechtfertigt und für die darin erbetene Fassung des Beweissatzes spricht.

Der von den Klägern in Abschrift beigebrachte Kaufbrief von 1329 konnte nicht geeignet sein, den Beweis überflüssig zu machen, weil die in demselben gegebene Ortsbeschreibung in der gegenwärtigen Beschaffenheit jener Gegend nicht mehr die zu rechtlicher Gewißheit erforderlichen Anhaltspunkte findet, und wegen der Verheerungen, welche die See während eines halben Jahrtausends dort angerichtet hat, auch wohl nicht mehr finden kann.

Die Proceßkosten waren wegen des Wechsels der Erkenntnisse zu compensiren.

Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 25. Februar 1865.

(Auf beklagtische Appellation.)

In Erwägung, daß

1) die Gründe, aus welchen die vorigen Richter für den Fall, daß der Platz, worauf die fragliche Ziegelscheune ge-

bauet worden, im ehemaligen Jurisdictionsbezirk von Travemünde liegen sollte, einen besonderen Beweis, daß derselbe zum Zunftgebiete der Kläger gehöre, nicht für erforderlich erachtet haben, vom Beklagten in keiner Weise widerlegt sind, indem, wenn insbesondere dawider geltend gemacht wird, daß das Dorf Malkendorf zum alten Besitze der Stadt Lübeck gehöre, gleichwohl aber den Verbietungsrechten der hiesigen Zunft nicht unterworfen sei, dabei übersehen worden, daß die Territorialhoheit der Stadt über diese Holsteinische Enclave erst durch den Staatsvertrag vom 22. Januar 1802 Art. III.

Seestern-Pauly, Beiträge zur Kunde der Geschichte ꝛc. des Herzogthums Holstein, Thl. 1. S. 88,

anerkannt ist, dieses Dorf mithin allerdings zu den neueren Erwerbungen der Stadt gehört; überdieß aber, wenn in sämmtlichen Dörfern außerhalb der Landwehr die Verbietungsrechte der Lübeckischen Zünfte keine Geltung haben sollten, dies nicht bloß in der Thatsache ihres späteren Erwerbs, sondern auch in der Lage und Eigenschaft dieser Dörfer seinen Grund haben würde, insofern dieselben nämlich sämmtlich entweder fernab liegende Enclaven fremder Territorien oder ehemalige Theile geistlicher Gebiete sind, welchen wie namentlich den ehemaligen Capitelsdörfern ihre bis zum Uebergange unter Lübeckische Hoheit genossenen Freiheiten bewahrt geblieben;

Staatsvertrag vom 2. April 1802. Art. 18 bei Seestern-Pauly a. a. O. S. 109.

hiernach

2) auch die vom Obergericht dem den Klägern auferlegten Beweise gegebene Fassung sich vollkommen rechtfertigt, indem Beklagter diesen Beweis mit Unrecht dahin normirt verlangt, daß der fragliche Platz in der Travemünder Feldmark liege, da, auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, derselbe, wenn nur nicht nach des Beklagten Behauptung in der Gneversdorfer oder Brodtener Feldmark belegen, zum alten zugleich mit Travemünde erworbenen Stadtgebiete gehören würde;

erkennt das Ober=Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Formalien der Appellation zwar für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Lübeck vom 11. Mai 1864, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei.

Hamburg. 17.

Dr. **F. H. Winterhoff** m. n. **P. H. Rey** bei Cappel im Königreich Hannover, jetzt derselbe m. n. der Vormünder für des verstorbenen **Rey** minderjährige Kinder, Kläger, gegen die Curat. bon. von **F. A. Günther,** nach späterer Abänderung von **J. F. A. A. Günther** in Firma **F. A. Günther** und **H. C. A. Günther,** Beklagte, Vindication betr.

Der Erwerb des dem Miteigenthümer zustehenden Antheils wird dadurch nicht behindert, daß sowohl seine, des Tradenten, als auch des Erwerbers Absicht und Meinung auf Uebertragung und Erwerb des *gesammten* Eigenthumsrechts gerichtet war.

Uebereinstimmend mit der Praxis der Hamburgischen Localgerichte nimmt das Oberappellations=Gericht die Regel an, daß Anerkennungen oder Geständnisse späterer Falliten, welche, wenn ein Fallissementsausbruch bevorstand, abgelegt wurden, und den Zweck hatten, Jemandem einen ihm übertragenen Vermögenstheil, der späteren Creditorschaft gegenüber, zu sichern, als verdächtig zu behandeln sind, und daher als beweisend nicht gelten können.

Rechtsfall: Friedrich Günther hatte seit dem Jahre 1856 ein Handelsgeschäft unter der Firma „F. A. Günther" betrieben. Im November 1859 wurde zwischen ihm und seinem Bruder Hermann Günther ein Societätsvertrag ge=

schlossen, zufolge dessen es der letztere in das bestehende Geschäft als Theilhaber eintrat. Aus diesem Vertrag ist hervorzuheben, daß (§ 5) H. Günther 10,000 ℔ Capital einschießen sollte, und (§ 7), daß dem H. Günther zur Sicherstellung wegen seines Einschusses das ganze Waarenlager der Firma durch eine förmliche Cessionsacte übertragen und überwiesen werden solle. „Diese Cession solle jedoch dem Fr. Günther gegenüber nur die Wirkung haben, daß H. Günther für seine Einlage möglichst gesichert werde, nicht aber durch dieselbe dem letzteren das Recht gegeben werden, sich als den alleinigen Eigenthümer des Geschäfts betrachten zu dürfen." — Am 7. Februar 1860 verkaufte und tradirte hierauf Fr. Günther dem H. Günther diverse Waaren, nebst Ladeneinrichtung und Mobilien für Crt. ℔ 10,000. Der Kaufpreis ward durch Compensation einer angeblichen Darlehnsforderung des H. Günther berichtigt, und heißt es hierüber im § 1 der Acte: „F. A. Günther bekennt von seinem Bruder im December 1859 Crt. ℔ 10,000 als baares Darlehn empfangen zu haben, und um seinen Bruder H. Günther für diese Crt. ℔ 10,000 unter allen Umständen sicher zu stellen, verkauft und überträgt Fr. Günther sämmtliche oben genannte Gegenstände dem H. Günther zum vollen und wahren Eigenthum (§ 4). Um jedoch Fr. Günther in seinem Geschäftsbetrieb nicht zu stören, läßt H. Günther demselben die gekauften Gegenstände vorläufig zum Debit." Diese Acte wurde von beiden Günther unterzeichnet und notariell beglaubigt.

Diese ihm unter dem 7. Februar übertragenen Gegenstände verkaufte und tradirte H. Günther demnächst in Gegenwart des miterschienenen Fr. Günther am 26. April 1860 an seinen Schwiegervater, den Hofbesitzer P. H. Rey, für den Preis von 6634 ℔ 12 ß, dergestalt, „daß Rey jeden Augenblick berechtigt sein solle, über dieselben, wie über sein sonstiges Eigenthum, nach freiester Willkür zu verfügen;" laut § 2. 3. des Vertrags acceptirte und bezahlte Rey compensando mit einer Forderung derselben Größe; laut § 4 ließ er jedoch die Gegenstände im Geschäftslocal von

Fr. Günther, in Firma F. A. Günther, und beauftragte beide Gebrüder Günther, den Detailverkauf zu besorgen, auch für den Erlös neue gleichartige Gegenstände für seine des Rey Rechnung wiederum anzuschaffen, dergestalt, daß die neu angeschafften Stücke stets an die Stelle der verkauften treten, und das qu. Lager stets in dem Umfang erhalten werden solle, wie es gegenwärtig vorhanden sei. — Schließlich behielt Rey sich vor, diesen Ver- und Einkaufsauftrag, mit dem sich H. und Fr. Günther einverstanden erklärten, jeden Augenblick wieder zu revociren.

Nach geschehener Tradition wurde die Acte unterzeichnet vom Verkäufer Hermann Günther und dem Käufer Rey, sowie von Friedr. Günther, jedoch ohne weitere Bezeichnung seiner Qualität. Am 2. Juli 1860 erklärte sich Fr. Günther insolvent, und wurden die jetzigen Beklagten zu Curatores bon. bestellt; am 23. August trat H. Günther der Fallitserklärung seines Bruders bei, da er durch den Societätsvertrag vom November 1859 Theilhaber der Firma „F. A. Günther" geworden.

Da die Curat. bon. sich weigerten, dem Rey die oben erwähnten Gegenstände auszuliefern, so klagte derselbe auf Herausgabe, und stützte, unter Vorlegung der oben erwähnten drei Acten, seine Klage auf die am 26. April 1860 von H. Günther an ihn geschehene Tradition. Rey starb pendente lite, seine Kinder reassumirten den Proceß, jedoch mit Ausnahme der Ehefrau des H. Günther.

I. Niedergerichts-Erkenntniß vom 31. März 1862.

Da die principaliter erhobene possessorische Klage aus den im Erkenntnisse vom 24. Juni 1861 in Sachen derselben Parteien Nr. I. ausgeführten Gründen als unbegründet zurückzuweisen ist, — da somit nur noch die eventualiter erhobene Vindicationsklage in Frage steht, welche sich auf die zur Klage, als Anlagen 2 und 3 beigebrachten, von den Beklagten als ungültig angefochtenen beiden Verkaufsacten stützt;

da, so viel die erste dieser Acten (Anlage 2) betrifft, in derselben Hermann Günther als Verkäufer am 26. April 1860 dem Kläger Rey als Käufer einen Theil derjenigen Waaren verkauft hat, welche er nach § 1 dieser Acte von seinem Bruder Friedrich Günther, in Firma F. A. Günther, laut einer früheren, am 7. Febr. 1860 vollzogenen Verkaufsacte (Anlage 1) zum privativen Eigenthume erworben haben will, — da demnach die Beurtheilung der Rechtsbeständigkeit der libellirten ersten Verkaufsacte (Anlage 2) von der Prüfung der Rechtsbeständigkeit der voraufgegangenen Acte vom 7. Febr. 1860 auszugehen hat;

da die Beklagten diese letzte Acte um deshalb als nichtig anfechten, weil der Käufer Hermann Günther zur Zeit ihrer Errichtung und zwar laut des beigebrachten Societätscontractes (Anl. A.) bereits seit dem 1. Decbr. 1859 socius des unter der Firma F. A. Günther etablirten Verkäufers Friedrich Günther gewesen sei, und derartige Deckungsverträge, welche zwischen zwei sociis zur Sicherung des Geschäfts-Einschusses des einen derselben aufgemacht sind, jeder rechtlichen Gültigkeit entbehrten;

da, wenn der Kläger diese Societätsacte zunächst als unverbindlich und unwirksam für Herm. Günther anfechten zu können vermeint, weil derselbe bei ihrem Abschlusse noch unmündig gewesen, dieser Anfechtungsgrund entschieden hinfällig ist, indem Herm. Günther diesen Vertrag unter ausdrücklicher Zustimmung und unter dem Beitritte seines Vaters, als seines gesetzlichen Vertreters, geschlossen hat, und indem derselbe ferner bereits am 3. Jan. 1860 von seiner Landesbehörde für volljährig erklärt war, — da unter diesen Umständen kein Zweifel darüber obwalten kann, daß der gedachte Societätsvertrag zur Zeit der Errichtung der fraglichen Verkaufsacte (Anl. 1) für Hermann Günther völlig rechtlichen Bestand hatte, wie denn auch dieser Societätsvertrag zwischen den beiden Brüdern stets in vollster rechtlicher Geltung geblieben ist, und demnach um so weniger einem Dritten (dem Kläger Rey) die Befugniß zustehen kann, aus

der Person des Herm. Günther hinterher diesen Societätsvertrag als unverbindlich anzufechten, zumal wenn, wie dies hier der Fall ist, dieser Dritte durch seine Mitunterzeichnung des Societätscontractes volle Kunde von dem desfallsigen Verhältnisse erworben hatte;

da eben so wenig der fernere Einwand des Klägers für begründet erachtet werden kann, daß durch diesen Societätsvertrag nur das Verhältniß einer stillen Gesellschaft zwischen Hermann Günther und dem Friedrich Günther als Inhaber der Firma F. A. Günther hergestellt sei, weil das für ein solches Verhältniß charakteristische Merkmal, daß der stille socius (Herm. Günther) sich nur mit einem bestimmten Einschuß-Capitale bei der Societät betheiligt und darüber hinaus für die Geschäfte der Gesellschaft nicht verantwortlich sein soll,

vgl. Brinckmann Handels-Recht § 49.
Deutsches Handels-Gesetzbuch Art. 250 u. 255.

hier gänzlich fehlt, — da vielmehr aus allen Bestimmungen des fraglichen Societätsvertrages der unbedingte und unbeschränkte Eintritt des Herm. Günther in das von Friedrich Günther früher allein geführte Geschäft mit allen Rechten und Pflichten eines vollen socius auf das unwiderleglichste hervorgeht, — da auch der Umstand, daß die Bestimmung dieses Vertrages in § 1, wonach mit dem Eintritte des Herm. Günther die obgedachte Firma in „Gebrüder Günther" abgeändert werden sollte, nicht zur Ausführung gekommen, und daß der Eintritt des Herm. Günther in das Geschäft nicht zur Publication gebracht ist, das innere Wesen des geschlossenen Vertrages nicht verändern kann, indem unbestritten Herm. Günther, wenn er auch äußerlich wirklich stets nur als Procurist von F. A. Günther hervorgetreten sein sollte, doch alle Rechte und Pflichten eines wirklichen Theilhabers ausgeübt, und sich auch später nach dem Fallissemente jener Firma als deren socius angegeben und bekannt hat;

da die Nichtpublicirung dieses Societäts-Verhältnisses auch um so irrelevanter hier erscheint, als nicht in Frage

steht, ob Herm. Günther mit seinem etwanigen sonstigen, nicht in die Societät eingebrachten Privatvermögen den Gläubigern derselben verhaftet sei und es vielmehr hier für die Beurtheilung der Rechtsgültigkeit der zwischen den beiden Brüdern errichteten Verkaufsacte (Anl. 1) eben nur darauf ankommt, welches rechtliche Verhältniß zwischen denselben bestand, als sie diese Verkaufsacte mit einander errichteten, — da nun, wie bereits oben hervorgehoben wurde, das Verhältniß unzweifelhaft nur als eine collective Societät aufgefaßt werden kann, zu deren gültigen Eingehung, so viel das Verhältniß der socii zu einander betrifft, es irgend welcher Förmlichkeiten oder Publicationen nicht bedarf;

Deutsches Handels-Gesetzbuch Art. 85.

da unter diesen Verhältnissen die zwischen den beiden Brüdern Günther am 7. Febr. 1860 errichtete Verkaufsacte jeder rechtlichen Geltung entbehrt, indem in derselben wahrheitswidrig und in geradem Widerspruche mit der früher geschlossenen Societätsacte angegeben ist, daß Herm. Günther die Crt. ℳ 10,000, welche er bei und nach seinem Eintritte in das Geschäft als einen Geschäfts-Einschuß geleistet hatte, dem Verkäufer Friedrich Günther als Darlehen vorgestreckt habe, und indem es ferner mit dem Begriffe der Societät und mit dem Rechtssatze, daß niemand mit sich selbst contrahiren kann, völlig unvereinbar erscheint, daß die nach Eingehung einer Societät den Theilhabern derselben zum gemeinschaftlichen Eigenthume gewordenen Activa der Gesellschaft hinterher von einem socius dem anderen zu dessen privativem Eigenthume abgetreten und übertragen worden, um demselben als Deckung für seinen Geschäfts-Einschuß zu dienen, — da diese in sich völlig ungültige Transaction auch dadurch keine Rechtsgültigkeit erlangen kann, daß schon in dem Societätsvertrage (§ 7) die künftige Vornahme einer solchen, dem Wesen der Societät widerstreitenden Maßregel vorgesehen ist;

da aber auch, wenn man den Herm. Günther wirklich nur als stillen socius ansehen könnte, die Deckung und die dadurch bewirkte Rückerstattung des verantwortlichen Ein-

schuß-Capitales des stillen socius aus den von den Beklagten geltend gemachten Gründen nicht minder als völlig rechtsunverbindlich und nichtig erscheinen würde;

da, wenn demnach die Verkaufsacte vom 7. Febr. 1860 unter allen Umständen für nichtig zu erachten und das Eigenthum der dem Herm. Günther verkauften Societäts-Activa in dessen privatives Eigenthum nicht übergangen ist, von dieser Nichtigkeit auch die weitere Verkaufsacte vom 26. April 1860 betroffen wird, welche sich auf jene erste Acte stützt und zufolge welcher Herm. Günther das angeblich und vermeintlich privative erworbene, in der That aber bei der Societät zurückgebliebene Eigenthum zur Deckung, nicht einer Societätsschuld, sondern seiner Privatschuld dem Kläger Rey weiter zu verkaufen und demselben eigenthümlich zu übertragen versucht hat, — da diese Nichtigkeit der Acte vom 26. April 1860 auch dadurch nicht aufgehoben wird, daß Friedrich Günther derselben unterschriftlich mit beigetreten ist, indem er diese Unterschrift ersichtlich nicht etwa als Mitverkäufer, sondern nur wegen des in § 4 und 5 erwähnten Verkaufs-Auftrages u. w. d. a. geleistet hat, — da diese Nichtigkeit aber auch dem Kläger gegenüber um so mehr aufrecht zu erhalten ist, als derselbe durch die Mitunterzeichnung des Societäts-Vertrages und durch die ausdrückliche Bezugnahme auf jene in sich nichtige Verkaufsacte vom 7. Febr. 1860 in § 1 des Vertrages vom 26. April 1860 von allen einschlagenden Verhältnissen die vollste Kunde besaß und sein behaupteter Rechtsirrthum selbstverständlich keine Beachtung finden kann;

da, so viel ferner die zweite der Klage zu Grunde liegende Verkaufsacte (Anlage 3) betrifft, Herm. Günther in dieser am 31. Juli 1860 errichteten Acte dem Kläger Rey zur Deckung für eine angebliche Forderung desselben sein Mobiliar verkauft hat;

da diese Acte von den Beklagten um deshalb als nichtig angefochten wird, weil die Firma F. A. Günther, deren Theilhaber Herm. Günther gewesen, bereits am 2. Juli 1860

für insolvent erklärt sei (Fallit-Acten Nr. 3) und dem Herm. Günther zu der Zeit, wo diese Deckungsacte errichtet wurde (31. Juli) um so mehr jede Dispositionsfähigkeit gefehlt habe, als der Bruder Friedrich Günther schon in einer am 9. Juli gehaltenen Fallit-Commission (Fallit-Acten Nr. 10) die Anzeige von dem Societäts-Verhältnisse seines Bruders gemacht, als ferner Herm. Günther bereits am 14. Juli in einer weiteren wegen dieses Societäts-Verhältnisses abgehaltenen Fallit-Commission (Fallit-Acten Nr. 11) zugegen gewesen und dadurch und durch seine Zuziehung zur Inventur über die Societäts-Activa (vgl. Fallit-Acten Nr. 25, p. 31) volle Kenntniß von jener Insolvenz-Erklärung vor Errichtung der fraglichen Acte erlangt gehabt habe, wie er denn auch nachträglich am 23. August pure jener Insolvenz-Erklärung als Theilhaber der Societät beigetreten sei, nachdem er sich der früheren Ableistung des Manifestations-Eides nur durch seine absichtliche Fernhaltung von hier entzogen habe (Fallit-Acten Nr. 13);

da unter diesen durch die Fallit-Acte völlig constatirten Umständen die am 23. August 1860 erfolgte Insolvenz-Erklärung des Herm. Günther allerdings auf den 2. Juli zurückdatirt und ihm von da ab jede Dispositionsfähigkeit abgesprochen werden muß;

vgl. Brinckmann Handels-Recht § 53.

da somit der Acte vom 31. Juli 1860 wegen mangelnder Dispositionsfähigkeit des Verkäufers jede rechtliche Wirkung, auch dem Kläger als Verkäufer gegenüber, um so mehr zu versagen ist, als letzterer überall nicht bestritten hat, zur Zeit der Errichtung dieser Acte bereits Kunde von dem Fallissemente der Societät F. A. Günther gehabt zu haben, und als ihm, wie bereits erwähnt, auch das Societäts-Verhältniß der Herm. Günther zu dieser Firma völlig bekannt war;

da, wenn durch diese Nichtigerklärung der Verkaufsacte vom 26. April 1860 die eventuelle desfallsige Widerklage der Beklagten ohne Weiteres ihre Erledigung findet, nunmehr nur noch über die in Bezug auf die Acte vom 31. Juli

1860 erhobene Widerklage auf Zahlung des Kaufpreises für das einstweilen precario in des Klägers Besitz gelassene Mobiliar des Herm. Günther zu entscheiden ist;

da es in dieser Beziehung zweckmäßig erscheint, vorgängig rücksichtlich der in der Klage p. 11 behaupteten Vereinbarung den Versuch einer gütlichen Beilegung zu machen:

daß die zur Klage als Anlagen 2 und 3 beigebrachten Verkaufsacten für nichtig zu erklären und der mand. nom. Kläger, unter Verurtheilung desselben in die Kosten des bisherigen Verfahrens, soweit darüber nicht bereits anderweitig erkannt ist, mit seinen erhobenen desfallsigen Vindications-Ansprüchen abzuweisen;

daß ferner in Bezug auf die obgedachte zweite Widerklage der Beklagten vorgängig eine Commission auf den Herrn Gerichts-Präses und Herrn E. zu verfügen sei.

II. Obergerichts-Erkenntniß vom 26. October 1863.

I. In der Hauptsache:

A. in Betreff der Acte vom 26. April 1860.

Da, wenn auch nach gemeinem Rechte der Kläger als juristischer Besitzer der in der Anl. 2 zur Klage specificirten Waaren possessorisch zu klagen berechtigt sein dürfte, dennoch eine gleiche Befugniß demselben nach topischem Rechte nicht beigemessen werden kann, weil die Neue Fallit-Ordnung

Art. 25 sub 2 und 4
Art. 34 sub 1 und 2

den Curatoren einer Fallitmasse ein Retentionsrecht einräumt nicht nur an den in den juristischen Besitz der Masse übergegangenen Gegenständen, sondern „an allem fremden Gute, es sei aus welcher Ursache es wolle, in des debitoris Gewahrsam befindlich", mit Ausübung dieses Retentionsrechtes aber das vom Kläger intendirte possessorische Verfahren völlig unvereinbar ist, wobei indessen dem Einflusse, welcher dem juristischen Besitze in Betreff der Beweislast einzuräumen

sein möchte, durch Ausschließung eines vorgängigen Verfahrens in possessorio nicht präjudicirt wird;

da, anlangend die eventuell vom Kläger angestellte Publiciana in rem actio respective rei vindicatio:

1) in Betreff der Acten vom 7. Februar und vom 26. April 1860 dem Niedergerichte darin beizupflichten ist:

a. daß das zwischen den Brüdern Günther zur Zeit der Errichtung jener Acten bestehende Rechtsverhältniß als eine collective Societät zu behandeln ist; (die desfallsige niedergerichtliche Argumentation wird noch durch die Acte vom 26. April corroborirt, sofern im § 5 derselben auch H. C. A. Günther sich damit einverstanden erklärt, daß die der Handlung F. A. Günther in Commission gegebenen Waaren von Rey beliebig zurückgenommen werden können, indem dieser Consens des H. C. A. Günther nur die Bedeutung haben kann, daß er als Mitbetheiligter der Handlung F. A. Günther gegen solche Zurücknahme nichts einzuwenden habe.) Ebenso sprechen für diese Auffassung die Anl. 7. 8. 9 u. 10 zur Replik (Nr. 18 bis 21 der niedergerichtl. Acten);

b. daß die Acte vom 7. Februar als nichtig zu cassiren und mithin zur Uebertragung des privativen Eigenthums an den in derselben verzeichneten Gegenständen auf H. C. A. Günther nicht geeignet ist, und zwar aus dem Grunde, weil die in dieser Acte zur Ausgleichung des Kaufpreises bestimmte Darlehnsforderung des H. C. A. Günther an J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, zum Belaufe von Crt. ℔ 10,000 gar nicht existirte, indem jene in das Geschäft geflossenen Crt. ℔ 10,000 den contractlichen Einschuß des H. C. A. Günther bildeten und mithin (und zwar auch dann nicht, wenn H. C. A. Günther stiller Associé der Handlung F. A. Günther gewesen wäre) nicht als eine zur Geltendmachung mittelst Compensation geeignete Forderung behandelt werden konnten, so daß das unter dem 7. Februar geschlossene Kaufgeschäft als emtio sine pretio einen Eigenthumsübergang nicht herbeiführte;

da aber aus der Nichtigkeit der Acte vom 7. Febr. nicht nothwendig auch die Nichtigkeit der auf dieselbe bezüglichen Acte vom 26. April folgt, vielmehr zu untersuchen ist, ob nicht diese letztere Acte unabhängig von ihrem relato aufrecht zu erhalten ist;

da nun darüber kein Zweifel obwalten kann, daß durch Aufrichtung dieser zwischen H. C. A. Günther und P. H. Rey, in Mitgenehmigung des J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, unter Verzichtleistung auch des letztern auf alle Einreden, namentlich auch auf die Einrede des Irrthums, abgeschlossenen Acte alle drei Contrahenten ihr Einverständniß darüber zu erkennen gaben, daß das Eigenthum an den in derselben specificirten und in Folge derselben tradirten Gegenständen auf Rey übergehen sollte, wie denn auch der erfolgte Eigenthumsübergang auf den letzteren seitens des J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, noch dadurch speciell anerkannt wurde, daß er sich gegen Rey verpflichtete, den Detailverkauf der tradirten, aber in seiner (des Günther) Detention belassenen Waaren für seine (Rey's) Rechnung zu beschaffen, unbeschadet des Rechtes des letzteren, die ihm tradirten Gegenstände zu jedem ihm beliebigen Augenblicke zu sich zu nehmen;

da es mithin bei allseitig vorliegendem Consense in Betreff des Eigenthums-Uebergangs auf Rey (abgesehen für den Augenblick von der Valuta-Frage) nur noch auf die vom bekl. Sachführer provocirte Erörterung ankommen kann, ob der bei Vollziehung dieser Acte obgewaltet habende allseitige Irrthum in Betreff des damaligen Eigenthums an den tradirten Gegenständen von vernichtendem Einflusse auf den Eigenthums-Uebergang auf Rey gewesen sein möchte, indem geirrt hätte

1) Rey, insofern er das privative Eigenthum des H. C. A. Günther, nicht aber das Eigenthum der Handlung F. A. Günther zu erwerben gemeint wäre,

2) H. C. A. Günther, sofern er sein privatives Eigenthum, und nicht das Eigenthum der Handlung F. A. Günther, hätte verkaufen und tradiren wollen,

3) J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, sofern er den Verkauf an Rey und den Eigenthumsübergang auf denselben nur unter der Voraussetzung genehmigt hätte, daß es sich um das privative Eigenthum des H. C. A. Günther und nicht um das Eigenthum der Handlung F. A. Günther handele, und deshalb als errans sein dominium nicht habe verlieren können;

da nun von den gewichtigsten Autoritäten, namentlich

Savigny Bd. 3. S. 355.
Thibaut Versuche Bd. 2. S. 107.
Vangerow Lehrbuch, Ausg. von 1852. Bd. 3. S. 270 u. 271.

unter Bezugnahme auf die bestimmte Anordnung der

l. 49. § 1 mandati 17. 1.

und unter Entwickelung der überzeugendsten inneren Gründe (insbesondere durch Savigny l. c.) dargethan worden ist, daß der Irrthum der Veräußerer in Betreff ihres Rechtsverhältnisses zu den zu veräußernden und zu tradirenden Gegenständen jeglichen Einflusses auf den Eigenthumsübergang entbehre, auch die vom bekl. Sachführer als entgegenstehend allegirte

l. 35 de adq. rer. dom. 41, 1.

ebendaselbst als nicht entgegenstehend ihre Erklärung gefunden hat, während die anderweitige vom bekl. Sachführer allegirte

l. 15. § 2. D. de cont. empt. 18, 1.

aller Erheblichkeit für die vorliegende Frage dann entbehrt, wenn sie in ihrer Gesammtheit, und nicht, wie vom bekl. Sachführer geschehen, unter Hinweglassung der weiteren Worte:

„sed quasi tuum dominium ad eum transire"

in das Auge gefaßt wird;

da unter diesen Umständen nur beiläufig darauf hinzuweisen ist, daß die Ansichten der Betheiligten über ihr und ihrer Mitcontrahenten Verhältniß zu den verkauften und tradirten Gegenständen im vorliegenden Falle schwerlich einigen Einfluß auf ihren Consens ausgeübt haben dürften, indem

1) es für Rey höchst gleichgültig war, ob er für seine angeblich dem H. C. A. Günther geliehenen und demnächst in die Handlung geflossenen Gelder Deckung aus dem Privatgute des ersteren oder aus dem Gute der Handlung F. A. Günther erhielt,

2) für H. C. A. Günther, der sich das Gut der Handlung, wenn auch nichtiger Weise, als sein privatives Eigenthum hatte tradiren lassen, um es demnächst dem Rey zuzuwenden, kein stärkeres Bedenken hätte obwalten können, die Deckung an Rey mit Consens seines Bruders direct durch die Handlung beschaffen zu lassen, wenn er sich bewußt gewesen wäre, daß der von ihm eingeschlagene indirecte Weg ein für die Ausführung seines Zweckes ungeeigneter sei,

3) J. F. A. A. Günther, in Firma F. A. Günther, die Verhältnisse, in welchen er und in welchen sein Bruder zu Rey standen, dergestalt durch einander warf, daß er mittelst der Juli-Acte den Theil der im Februar seinem Bruder verkauften und tradirten Waare, welcher nicht schon im April auf Rey übergangen war, ohne Zuziehung seines Bruders für eine Schuld der Handlung F. A. Günther auf Rey übertrug;

da überdies den beiden Günther, wenn Rey die Waare von ihnen auf Grund der April-Acte vindicirt hätte, und sie diesen seinen Anspruch auf Grund jener Irrthümer bestritten hätten, die replica doli obstirt haben würde, weil sie in die angeblichen Irrthümer nicht ohne grobes Verschulden gerathen konnten, und auf Geltendmachung der Einrede des Irrthums ausdrücklich verzichtet hatten;

da es demnach für die Anerkennung des Eigenthums des Rey nur noch darauf ankommt, ob der Kaufpreis für die April-Acte von ihm in zulänglicher Weise berichtigt ist, die cur. nom. Beklagten aber alle vom m. n. Kläger aufgeführten Forderungen des Rey, sei es an H. C. A. Günther, sei es an F. A. Günther, mit alleiniger Ausnahme der 3000 ₰ Gold, welche im Mai an F. A. Günther geliehen worden, und zu deren Deckung die Juli-Acte bestimmt war, in Ab-

rede stellen, und in Betreff der von H. C. A. Günther eingeschlossenen Crt. ℔ 10,000 behaupten, es haben dieselben die Mitgift gebildet, mittelst welcher Rey seine dem H. C. A. Günther verehelichte Tochter ausgesteuert habe;

da nun der rechtsbeständigen Praxis gemäß die früheren Bekenntnisse späterer Falliten über empfangene Valuten für in überschuldetem, dem Fallissemente zuneigenden Zustande gemachte Deckungen den Empfänger solcher Deckungen selbst dann nicht vom Beweise der gezahlten Valuta befreien, wenn derselbe mit dem juristischen Besitze die Detention der ihm eigenthümlich übertragenen Gegenstände verbindet, und mithin die Beweislast hier um so mehr den Kläger trifft;

da aber dieser dem m. n. Kläger incumbirende Beweis alternativ auf compensable Forderungen, die ihm gegen H. C. A. Günther oder gegen die Handlung F. A. Günther zustanden, zu richten ist, weil Deckungen für Privatschulden eines socius aus den activis der Handlung nach Maaßgabe Art. 64 sub 4 und 5 der Neuen Fallit-Ordnung wohl unter Umständen strafbar erscheinen, dem Empfänger gegenüber aber nicht angefochten werden können, am wenigsten dann, wenn der unbetheiligte socius consentirte oder die Gelder unmittelbar der Compagnie zu Gute gekommen;

da es ferner zur Anerkennung des Eigenthums des Rey an den in der Masse nur noch vorgefundenen, in der Anl. 5 zur Klage specificirten Gegenständen genügt, wenn derselbe eine ihm am 26. April zu dem Belaufe zuständige Forderung an H. C. A. Günther oder an F. A. Günther nachweiset, zu welchem die in der Masse annoch vorgefundenen und in der Anl. 5 zur Klage specificirten Gegenstände ihm in der Acte vom 26. April angerechnet worden sind;

da aber eine etwa nach dem 26. April entstandene Forderung des Rey für die vorliegende Frage nicht in Betracht kommen kann, weil das Retentionsrecht einer Masse gegenüber nach

Art. 34 sub 3 der N. F.-O.

nicht an den juristischen Besitz, sondern nur an die mit dem juristischen Besitze verbundene Detention geknüpft ist;

B. in Betreff der Acte vom 31. Juli 1860.

Da hier der niedergerichtlichen Entscheidung und deren Motivirung lediglich beizutreten ist:

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 31. März 1862, zwar so weit es die Acte vom 31. Juli 1860 betrifft, zu bestätigen, dagegen aber, so weit es die Acte vom 26. April betrifft, wiederum aufzuheben und, so weit es den Kostenpunkt betrifft, für jetzt, seiner dereinstigen Wiederherstellung unbeschadet, zu suspendiren, und m. n. Kläger in einem vom Niedergerichte sub poena desertionis anzusetzenden Termine den Beweis anzutreten hat:

daß dem verstorbenen Peter Heinrich Rey am 26. April 1860 eine Forderung gegen H. C. A. Günther oder gegen die Handlung F. A. Günther zum Belaufe von Crt. ℔ 6635. $5^{1}/_{2}$ ß, oder doch zu dem Belaufe zustand, zu welchem die in der Anlage 5 zur Klage als in der Masse vorgefunden aufgeführten Waaren ihm in der Acte vom 26. April 1860 angerechnet worden.

Den cur. nom. Beklagten bleibt der Gegenbeweis namentlich auch dahin vorbehalten, daß die vom m. n. Kläger als Forderung des verstorbenen Rey gegen H. C. A. Günther oder gegen F. A. Günther zu erweisenden Geldleistungen die Mitgift oder einen Theil der Mitgift gebildet haben, mit welcher Rey seine an H. C. A. Günther verheirathete Tochter ausgestattet.

Beiden Parteien bleibt für die Beweisführung und Gegenbeweisführung die Mitbedienung des bereits Beigebrachten vorbehalten.

Das eventuell dem verstorbenen Rey zuzusprechende Eigenthum kommt, da die vierte Miterbin des Rey das niedergerichtliche Erkenntniß der Rechtskraft überlassen hat, dem m. n. Kläger nur zu drei Viertheilen zu Gute.

Die Kosten der Appellations-Instanz werden compensirt, und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden

Acten zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zu remittiren.

II. In der Adcitationssache ꝛc. — — —

III. Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 25. Februar 1865.

(Auf beiderseitige Appellation.)

Daß zwar die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 26. October 1863, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, und die Kosten dieser Instanz zu compensiren seien.

Entscheidungsgründe.

Von den Seitens der Parteien gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 26. Octbr. 1863 erhobenen Beschwerden war

I. die von den Bekagten principaliter aufgestellte, daß nicht das die Klage abweisende Niedergerichts-Erkenntniß vom 31. März 1862 bestätigt worden sei, für die übrigen Beschwerden präjudiciell.

Der Kläger hatte das seiner Behauptung nach an den vindicirten Gegenständen ihm zustehende Eigenthum auf die am 26. April 1860 von Hermann Carl Adolph Günther an ihn geschehene Tradition gestützt.

Verkaufs- und Traditions-Acte v. 26. April 1860.

Um zu beweisen, daß zu jener Zeit der vorgenannte Hermann Günther rechtlich in der Lage sich befunden habe, Eigenthum an jenen Gegenständen übertragen zu können, hatte der Kläger auf einen früheren Act Bezug genommen, durch welchen Hermann Günther Eigenthümer derselben geworden sei, nämlich auf eine Tradition vom 7. Februar 1860, mittelst welcher ein Bruder des Hermann Günther, Johannes Friedrich August Adolph Günther, dem Vorgenannten die in Rede stehenden Gegenstände zum Eigenthum übertragen habe.

Verkaufs- und Traditions-Acte v. 7. Februar 1860.

Darüber, daß Friedrich Günther zu einer der letztgedachten Tradition vorangehenden Zeit Eigenthümer der fraglichen Gegenstände geworden ist, besteht unter den Parteien kein Streit, und es handelt sich bei der zur Beurtheilung vorliegenden Beschwerde nur darum, ob in Erwägung derjenigen Umstände, welche dem vorgedachten ursprünglichen Friedrich Güntherschen Eigenthums-Erwerbe nachgefolgt sind, insbesondere derjenigen, welche zur Zeit des 7. Februar und des 26. April 1860 vorgelegen haben, die an dem letztgedachten Tage von Hermann Günther vollzogene Tradition — sei es an und für sich, sei es in Mitberücksichtigung der Concurrenz des Friedrich Günther, soweit diese letztere Statt gefunden — den Eigenthumserwerb des Klägers Rey hat bewirken können.

Beide früheren Gerichte haben die Tradition vom 7. Febr. von Friedrich an Hermann Günther für nichtig und unwirksam erklärt, und das Niedergericht hat hievon Veranlassung genommen, auch der zweiten (hier eigentlich in Betracht kommenden) Tradition vom 26. April Wirksamkeit zu versagen, wohingegen das Obergericht der Ansicht gewesen ist, daß auch ohne Hermann Günthersches Eigenthum an den fraglichen Gegenständen jene zweite Tradition den Eigenthums-Erwerb des Klägers Rey habe bewirken können.

Zunächst ist ohne Zweifel mit den früheren Richtern die Frage nach dem rechtlichen Effect der Tradition vom 7. Febr. (von Friedrich an Hermann Günther) zu beantworten. Denn, sollte man derselben Wirksamkeit beizulegen haben, so würde es fernerer Erwägungen hier nicht bedürfen, sondern der streitige Punkt wäre ohne Weiteres zu Gunsten des Klägers aufzufassen. Dagegen könnte eine Beantwortung im entgegengesetzten Sinne nicht ohne Weiteres das Resultat herbeiführen, der Tradition vom April Effect versagen zu müssen. Denn eine Wirksamkeit dieser letzteren würde auch in anderen Umständen, als in einer gültigen Februar-Tradition ihren Grund haben können.

Es hat einigen Schein, als bedürfte es einer Prüfung der Gültigkeit der Februar-Tradition deshalb nicht, weil

durch Conformität der auf diesen Punkt bezüglichen Aussprüche des Niedergerichts und Obergerichts Rechtskraft in Betreff desselben herbeigeführt sei. Allein eine solche kann nicht angenommen werden. Dasjenige, was in den Erkenntnissen der früheren Instanzen über den fraglichen Punkt gesagt worden ist, bildet nur einen Entscheidungsgrund, enthält aber keinen Theil der Entscheidung des Streitverhältnisses selbst, welche Entscheidung denn auch, ihrem ganzen Umfange nach, ungeachtet jener Conformität wesentlich verschieden ausfallen konnte, und, wie die vorliegenden Erkenntnisse der früheren Richter zeigen, wesentlich verschieden ausgefallen ist.

Die demgemäß von dem O.-A.-Gericht vorzunehmende Prüfung jenes Punktes führte indessen zu dem nemlichen Ergebnisse, welches die Beurtheilung desselben seitens der vorderen Instanzen zur Folge gehabt hat.

Das in Betracht kommende Sachverhältniß ist folgendes. Friedrich Günther hatte seit dem Jahre 1856 ein Handlungsgeschäft unter der Firma F. A. Günther betrieben. Im November 1859 wurde zwischen ihm und seinem Bruder Hermann Günther ein Societätsvertrag geschlossen, zufolge dessen der letztere in das bestehende Geschäft als Theilhaber eintreten sollte und wollte. Freilich hat der Kläger im vorliegenden Processe behauptet, der Societätsvertrag sei wegen damaliger Minderjährigkeit des Hermann Günther für diesen unverbindlich gewesen; allein dieser Einwand ist mit Recht vom Niedergerichte und Obergerichte als grundlos verworfen worden, und bedarf es hier nur der Verweisung auf die bezüglichen Motive zum Erkenntnisse des Niedergerichts. Der Societätsvertrag ist denn auch, mit der unerheblichen Ausnahme, daß die im § 1 verabredete Umänderung der Firma „F. A. Günther" in „Gebrüder Günther" nicht zur Ausführung gebracht worden ist, in Wirksamkeit getreten. Hiefür liefert außer anderen unbestrittenen Umständen — der wirklich Statt gehabten Theilnahme des Hermann Günther an dem, früher seinem Bruder allein angehörenden, Geschäft,

der Einschußleistung desselben, der auf dem später zu berührenden § 7 des Societätscontractes beruhenden Februar-Tradition," u. a. — insbesondere die Insolvenz-Erklärung des Hermann Günther vor dem Handelsgerichte einen ausreichenden Beweis. Nachdem nemlich Friedrich Günther auf erkannten und prosequirten Universalarrest am 2. Juli 1860 sich und die Firma F. A. Günther insolvent erklärt, und auf Vernehmung seitens des Handelsgerichts-Commissars am 9. Juli zu Protocoll gegeben hatte,

> „sein Bruder (Hermann Günther) sei am 1. Decbr. 1859 in sein Geschäft eingetreten und sei auch noch jetzt sein Associé,"

reichte Hermann Günther am 23. Aug. 1860 bei dem Handelsgericht seine Beitritts-Erklärung zu dem Fallissement der Firma F. A. Günther ein, producirte eine Abschrift des Soicetätsvertrages und erklärte in Betreff dieses letzteren (Act. [13] p. 1 und 3),

> „daß er durch den beigebrachten, am 1. December 1859 errichteten Societätscontract Theilhaber der Firma F. A. Günther geworden sei,"

und

> „daß er das von seinem Bruder eingereichte Gläubiger-Verzeichniß der Firma F. A. Günther mit einer Gesammtschuld von — in allen Theilen als richtig anerkenne, und dem Fallissement seines Bruders beigetreten sein wolle."

Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß die Firma F. A. Günther seit dem 1. Decbr. 1859 von den beiden Brüdern Friedrich und Hermann Günther gebildet worden ist, und zwar daß diese Gemeinschaft auf dem Societätsvertrage vom 30. Novbr. 1859 beruhet hat.

Wie es nun in diesem Societätsvertrage weder ausdrücklich ausgesprochen, noch auch irgendwie angedeutet worden ist, daß Hermann Günther nur als stiller Theilhaber bei dem in Rede stehenden Geschäft (als einem Geschäft seines Bruders) betheiligt sein solle — womit denn auch sein oben erwähnter späterer Hinzutritt zu dem Fallissement der genann-

ten Firma als Schuldner der Gläubiger derselben im Widerspruch gestanden haben würde —, eben so wenig ist in jenem Vertrage ausdrücklich oder implicite die Bestimmung enthalten, daß das ordentlicher Weise zwischen Handlungssociis, jedenfalls zwischen offenen Sociis, Statt findende Verhältniß der Gemeinschaftlichkeit aller für das Geschäft angeschafften oder aus irgend welchem Grunde demselben angehörigen körlichen Gegenstände — unter denen die vorhandenen Waaren, welche hier vorzugsweise in Betracht kommen, die wichtigste Stelle einnehmen — nicht eintreten solle. Im Gegentheil eine Reihe von Bestimmungen stellt es außer Zweifel, daß die Gemeinschaft des Geschäfts auch Gemeinschaftlichkeit aller jener Gegenstände — also Miteigenthum der Socii an denselben — habe herbeiführen sollen. (Auch ändert hieran, wie unten gezeigt werden wird, nichts der Inhalt des § 7 des Contractes.)

Daß das Geschäft, die Geschäftsführung und das Geschäfts-Ergebniß „gemeinschaftlich" werden, und sodann ferner bleiben sollten, ist in einer Reihe von Paragraphen des Societätsvertrages ausgesprochen: §§ 1. 4. 5. 6. 9. 10. 15. Es unterliegt aber auch keinem Zweifel, daß die Gemeinschaftlichkeit sich insbesondere auf die Waaren und Geschäfts-Utensilien erstrecken sollte. Denn in dem § 2 des Vertrages ist bezüglich des Zeitpunktes der Eingehung der Societät bemerkt und resp. bestimmt,

> „daß das gesammte (damals vorhandene) Geschäfts-Inventar, Schränke, Kisten, Pulte u. dgl., ferner die vorhandenen Waarenvorräthe von den Contrahenten einer gemeinschaftlichen Abschätzung unterworfen worden seien, und daß beide Theile die gedachten Gegenstände zu dem Schätzungs-Werthe von Crt. ₰ 10,300 in Anrechnung bringen wollten."

Ein Verzeichniß der zur Laden-Einrichtung gehörigen Gegenstände mit beigefügter Taxation (zum Betrage von Crt. ₰ 797) ist dem Societätsvertrage beigefügt. Ferner sollte nach dem § 21 beiden Theilen die Befugniß zustehen, Ankäufe für das

Geschäft (unter gewissen hier unerheblichen näheren Bestimmungen) zu machen, und unterliegt es dabei keinem Zweifel, daß die hier vorgesehenen, von dem einen oder anderen Theilhaber zu machenden Ankäufe gemeinschaftliches Eigenthum der beiden Brüder zur Folge haben sollten. Endlich führt auf dasselbe Ergebniß auch die Bestimmung des § 15 hin, daß im Falle der Auflösung der Societät

„sämmtliche Waaren ihrem Werth und ihrer Art nach in zwei möglichst gleiche Partieen getheilt werden sollten" und dann „das Loos zu entscheiden habe, welchem der Contrahenten jede Waare zufallen solle."

Ist hiernach zufolge des Societätsvertrages anzunehmen, daß alle bei Eingehung der Societät vorhandenen Waaren und sonstigen Geschäftsgegenstände gemeinschaftlich werden sollten; sollte das Nemliche von den im Laufe des Geschäfts anzuschaffenden Waaren gelten, und sollte endlich im Falle der Beendigung der Societät Naturaltheilung eintreten, so darf, abgesehen von der oben vorbehaltenen Erwägung des im § 7 des Societätsvertrages Enthaltenen, unbedenklich angenommen werden, daß in Betreff aller Waaren und Geschäfts-Utensilien Mit-Eigenthum der beiden Socii bestanden habe.

Anlangend nun den erwähnten § 7, so bestimmt derselbe Folgendes:

„Um dem Hermann Günther den in das Geschäft zu machenden Capital-Einschuß von 10,000 ℔ Crt. sicher zu stellen, verpflichtet sich Friedrich („F. A.") Günther, sobald H. Günther dies Capital ganz eingezahlt haben wird, diesem sein ganzes Waarenlager und seine gesammten Geschäfts-Utensilien durch notarielle Acte übertragen und überweisen zu wollen. Diese Cession soll jedoch dem F. A. Günther gegenüber nur diejenige Wirkung haben, daß H. Günther für sein Einlage-Capital möglichst gesichert wird; nicht aber wird durch dieselbe dem letzteren das Recht vindicirt, sich als alleinigen Eigenthümer des Geschäfts betrachten zu dürfen. Derselbe ist vielmehr verpflichtet, das Cessionsdocument dem F. A. Günther

dann sofort zurückzugeben, wenn derselbe ihm nach Auflösung dieser Geschäfts-Verbindung sein Einlage-Capital durch Waaren oder baar vollständig zurückgezahlt hat."

Ersichtlich liegt hier eine nur für die Wirkung nach Außen berechnete Verabredung der beiden Socii vor, um für den Fall der Insolvenz des Geschäfts dem Hermann Günther ein Mittel zu verschaffen, die von ihm gemachte Einlage gegen die Ansprüche der Creditoren desselben sicher zu stellen. Daß in dieser Richtung die Verabredung wirkungslos sein, nämlich den Creditoren unpräjudicirlich bleiben mußte, unterliegt freilich keinem Zweifel, kommt aber hier, wo es sich nur um die Frage handelt, wem das Eigenthum an den Waaren und Geschäfts-Utensilien während der Dauer der Gemeinschaft auf der Grundlage des zwischen den beiden Sociis bestehenden wirklich Vereinbarten zugestanden habe, nicht weiter in Betracht. Diesen letztgedachten Punkt selbst anlangend, so wird der Umstand, daß das auf Grund des Societätsvertrages eingetretene Miteigenthum der beiden Socii an jenen Gegenständen durch die im § 7 vorgesehene Uebertragung unter ihnen nicht verändert werden sollte, durch die Bemerkung des gedachten § 7 außer Zweifel gestellt, daß, nachdem die Cession geschehen sein werde, gleichwohl Hermann Günther seinem Bruder und Mittheilhaber gegenüber sich nicht als den alleinigen Eigenthümer des Geschäfts solle betrachten dürfen. Auch ist dem mit dem wirklichen Contractsverhältnisse nicht zu vereinigenden Schlußpassus des § 7 — in welchem Friedrich Günther als der Schuldner seines Bruders Hermann für den Belauf des Einschusses desselben bezeichnet wird, während dieser doch nach den übrigen Bestimmungen des Societätsvertrages alle Ergebnisse des gemeinschaftlichen Geschäfts, also auch etwanige Verlüste, gleich dem Friedrich Günther zu tragen hatte — gar keine Bedeutung beizulegen; wie denn dieser Passus sich überhaupt nicht auf die Eigenthumsfrage bezieht.

Unbestritten liegt nun dem Verkaufs- und Traditionsgeschäft vom 7. Febr. 1860 gerade der im Vorstehenden in

Betracht gezogene und als hier wirkungslos nachgewiesene § 7 zu Grunde, und mithin ist bei der rechtlichen Beurtheilung der Frage, wem das Eigenthum an den der Firma F. A. Günther angehörenden Waaren und Geschäfts-Utensilien nach jenem Tage wirklich (nicht simulirter Weise) zugestanden hat, davon auszugehen, daß diese Gegenstände, gleichviel, ob sie in der Acte vom 7. April 1860 verzeichnet sein mochten oder nicht, im Mit-Eigenthum beider Theilhaber, Friedrich und Hermann Günther, sich befunden haben.

Für die vorstehende Annahme, daß zwischen den beiden genannten Theilhabern des Geschäfts an dem im Uebrigen begründeten Eigenthums-Verhältnisse in Betreff der fraglichen Gegenstände durch den Act vom 7. Februar 1860 Nichts geändert worden ist, zeugt auch folgender Umstand. Außer der dem Kläger Rey von Hermann Günther gemachten Uebertragung von Waaren und Geschäfts-Utensilien vom 26. April 1860 ist demselben auch von Friedrich Günther (F. A. Günther) eine Uebertragung von Gegenständen der nämlichen Art gemacht worden.

m. s. die beigefügten Niedergerichts-Acten des anderen unter den Parteien geführten Processes „No. 1" Act. [4] (Acte vom 11. Juni 1860.)

Unter den Gegenständen nun, welche an dem vorgedachten Tage dem Rey von Friedrich Günther verkauft und tradirt worden sind, befindet sich, wie aus dem Bericht der Curatores bonorum vom 6. Octbr. 1860 hervorgeht, auch derjenige Theil der in der Februar-Acte als dem Hermann Günther (zum Gesammtwerth von Crt.-ℳ 10,600) übertragen aufgeführten Gegenstände, welcher nicht von diesem letzteren am 26. April 1860 zum Gesammtwerth von Crt.-ℳ 6634. 2 ß dem Rey (oder im Laufe des Geschäfts an andere Personen) verkauft worden war. Friedrich Günther hat mithin über einen Theil der Gegenstände, welche scheinbar dem Hermann Günther zum alleinigen Eigenthum übertragen worden waren, als über der Firma zuständige Vermögensobjecte verfügt.

Geht man aber, dem Vorbemerkten zufolge, davon aus, daß die im Geschäft der Firma F. A. Günther befindlichen

Waaren und Utensilien, mit Einschluß derjenigen, welche in der Februar-Acte auf Hermann Günther übertragen worden, im gemeinschaftlichen Eigenthum der Brüder Günther auch nach dem 7. Februar 1860 verblieben sind, so gelangt man, in Mitberücksichtigung der Concurrenz des Friedrich Günther bei dem Act vom 26. April 1860 ohne Schwierigkeit zu dem Ergebniß der früheren Richter, und es bedarf deshalb der in der Anwendung auf den vorliegenden Fall bedenklichen Obergerichts-Argumentation nicht.

Daß ein condominus seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Eigenthum ohne die Mitwirkung seines Mit-Eigenthümers wirksam auf einen Anderen übertragen kann, unterliegt keinem Zweifel.

L. 68. pr. D. pro socio 17. 2.
L. 1. C. communi div. 3. 37.
L. 16. C. de jure dot. 5. 12.
L. 3. C. de commun. rer. al. 4. 52.

Hat nun freilich Hermann Günther bei dem April-Act nicht etwa die ihm nur zuständige Hälfte des in Rede stehenden Eigenthums, sondern das gesammte Eigenthum übertragen wollen, und hat auch andererseits der Kläger Rey das gesammte Eigenthum zu erwerben beabsichtigt und zu erwerben geglaubt, so stand doch dieser Umstand der Wirksamkeit der Tradition, so weit Hermann Günther dieselbe gültig vorzunehmen im Stande war, nicht entgegen. Die Tradition des condominus, welcher sich den Schein giebt, volles Eigenthum übertragen zu können, vermag freilich nicht diesen Effect herbeizuführen, allein für den Bereich seiner Betheiligung geht das Eigenthum auf den Erwerber ungeachtet der Incorrectheit seines Verfahrens über.

L. 16. D. de reb. cred 12. 1.
L. 4 u 5. C. de commun. rer. alien. 4. 52.
arg. L. un. C. si communis res pignori 8. 21.

Der Kläger wurde demzufolge durch die in Rede stehende Tradition — selbstverständlich abgesehen von etwa entgegenstehenden sonstigen Gründen — Eigenthümer der fraglichen Gegenstände zur Hälfte.

Allein auch das Eigenthum zur anderen Hälfte ging in Folge der bereits erwähnten Concurrenz des Hermann Güntherschen Miteigenthümers, Friedrich Günther, auf den Rey über.

Freilich kann aus der widerspruchslosen Anwesenheit bei einem Acte Anderer, ja selbst unter Umständen aus der Mitunterzeichnung einer von Anderen vollzogenen Urkunde, nicht ohne Weiteres ein Aufgeben eigener Rechte des Anwesenden und resp. Mitunterzeichnenden, auf welche es etwa hätte ankommen können, abgeleitet werden.

L. 14. C. si certum petatur. 4. 2.
L. 39. D. de pignorat. act. 13. 7.

Wohl aber dann, wenn den Umständen nach die Annahme begründet ist, daß die widerspruchslose Concurrenz, resp. die Mitunterzeichnung nur durch die Absicht des Betreffenden, consentiren, und — insofern es sich um die Aufgebung von Rechten handelt — die fraglichen Rechte aufgeben zu wollen, erklärlich wird. Diese Annahme aber findet hier eine ausreichende Begründung. Wenn in Gegenwart des Friedrich Günther dessen zur Hälfte Miteigenthümer Hermann Günther gemeinschaftliche Gegenstände als ihm ausschließlich eigenthümlich bezeichnete, sie als solche verkaufte und tradirte, und wenn Friedrich Günther dem nicht widersprach, vielmehr ohne irgend welche entgegenlautende Aeußerung mithandelte und mitunterzeichnete, so darf angenommen werden, er habe consentirt.

L. 12. D. de evict. 21. 2.
arg. L. 26. § 1. D. de pign. 20. 1.
L. 8. § 15. D. quibus modis 20. 6.
L. 2. C. de remiss. pign. 8. 26.
L. 28. D. communi div. 10. 3.

Ueberdies lag im vorliegenden Falle nicht etwa allein die widerspruchslose Theilnahme des Fr. Günther an dem von seinem Miteigenthümer vollzogenen Verkaufs- und Traditions-Acte vor, sondern Fr. Günther trat außerdem durch die Uebernahme des Verkaufsmandates in ein solches Verhältniß zu dem Rey, daß er diesen als den Eigenthümer, und zwar als den alleinigen

Eigenthümer der fraglichen Gegenstände anerkannte, und sich verpflichtete, in Betreff derselben den Verfügungen des Rey Folge zu leisten.

Gegen die vorstehende Argumentation kann auch nicht mit Grund das Bedenken erhoben werden, daß Friedrich Günther zur Zeit des Vorgangs vom 26. April von der Gültigkeit des Februar-Acts ausgegangen sein werde, so daß aus diesem Grunde die Annahme eines seinseitigen Consenses in die Uebertragung seiner Eigenthums-Hälfte an Rey ausgeschlossen sei, insofern er nämlich, weil er von seinem Mit-Eigenthum keine Anschauung gehabt, nicht habe beabsichtigen können, seine Zustimmung in die Aufgebung desselben zu erkennen zu geben. Denn, wie oben gezeigt worden ist, läßt der Societäts-Vertrag keinen Zweifel darüber, daß die beiden Theilhaber über die Wirkungslosigkeit einer nach Maßgabe des § 7 vollzogenen Uebertragung an Hermann Günther, insofern es auf das zwischen ihnen bestehende Verhältniß ankam, einverstanden gewesen sind. Außerdem ist auch für diesen Punkt der oben angeführte Umstand von Erheblichkeit, daß Friedrich Günther über einen Theil der dem Hermann Günther tradirten Gegenstände, als über der Firma angehörige Objecte, durch seinseitige Veräußerung beliebig verfügt hat.

Nach dem Allen mußte die Principal-Beschwerde der Beklagten verworfen, also die Obergerichts-Entscheidung in Betreff der Annahme, daß der Tradition vom 26. April 1860 (an und für sich und abgesehen von dem unter III. zu berührenden Punkte) Wirksamkeit beizulegen sei, bestätigt werden.

II. Die klägerische Principalbeschwerde ist, gleich der beklagtischen ersten Beschwerde, auf die Herbeiführung einer Definitiv-Entscheidung gerichtet. Der Kläger beantragt nämlich mittelst derselben sofortige Verurtheilung des Beklagten auf Grund der erhobenen Eigenthumsklage, so daß es also auf den ferner unter den Parteien streitigen Punkt wegen der Berichtigung der Valuta (Existenz der klägerischen Forderung, auf welche die fraglichen Gegenstände in solutum gegeben worden,) überhaupt nicht ankomme.

Eine Rechtfertigung dieser Beschwerde hat der klägerische Anwalt nicht einmal versucht. Es liegt denn auch am Tage, daß das beklagtische Läugnen der Existenz der klägerischen Forderung für die Frage, ob die von Hermann Günther auf Rey geschehene Tradition — deren Wirksamkeit im Uebrigen vorausgesetzt — das Eigenthum habe übergehen machen, entschieden von Erheblichkeit ist, so daß von einer sofortigen Sachfälligkeit der Beklagten nicht die Rede sein kann, mag der klägerischen oder der beklagtischen Partei die Beweislast in Betreff jenes streitigen Punktes aufgelegt werden.

III. Die eventuelle zweite Beschwerde des Klägers bezweckt, die vom Obergerichte ihm auferlegte Beweislast in Betreff der Existenz der Größe der Forderung, gegen welche die vindicirten Gegenstände in solutum gegeben worden sind, auf den Beklagten übertragen zu sehen.

Diese Beschwerde ist unbegründet. Der Kläger als Vindicant ist in der Lage, die sämmtlichen Voraussetzungen des von ihm behaupteten Eigenthumserwerbs, so weit sie von den Beklagten geläugnet worden sind, erweisen zu müssen. Dazu gehört nach

§ 41. J. de rer. div. 2. 1.
L. 19. D. de contr. emt. 18. 1.
L. 15. C. de rei vind. 3. 32.
L. 2. § 1. C. de quadr. praescr. 7. 37.,

unter der Voraussetzung, daß der Eigenthumsübertragung ein Kauf zu Grunde gelegen, der Beweis, daß der Verkäufer Zahlung des Kaufpreises erhalten habe, oder auf sonstige Weise wegen desselben befriedigt worden sei. Da nun der Kläger behauptet, daß die Berichtigung des Kaufpreises zum Belaufe von Crt. ℳ 6634. 12 ß mittelst Compensation gegen eine ihm an den Verkäufer Hermann Günther zustehende Forderung von Crt. ℳ 6635. 1½ ß geschehen sei, die Existenz dieser Forderung aber beklagtischerseits geläugnet worden ist, so folgt aber hieraus mit Nothwendigkeit die klägerische Beweispflicht in der oben angegebenen Weise.

Diese Beweispflicht wird auch unter den vorliegenden Umständen nicht etwa durch die in dem Verkaufs-Document

vorkommende Anerkennung der Forderung seitens des Hermann Günther

Nied.=Ger.=Act. [4] p. 3.

beseitigt. Denn, wie vom Obergerichte in Beziehung auf die Praxis der Hamburgischen Localgerichte bezeugt wird, so ist, damit übereinstimmend, vom O.=A.=Gerichte beständig die Regel befolgt worden, daß solche Anerkennungen oder Geständnisse späterer Falliten, welche, wenn der Fallissements=Ausbruch bevorstand, abgelegt wurden und den Zweck hatten, Jemandem einen ihm übertragenen Vermögenstheil, der späteren Creditorschaft gegenüber, zu sichern, als verdächtig zu behandeln sind, und daher als beweisend nicht gelten können.

Cur. bon. Schwenger c. Meyne, Hamb. Decbr. 1840.
Cur. bon. Lieckfeldt c. Böckelmann und Mühlbach, Sept. 1850.

Der Kläger will von der erwähnten Regel hier keinen Gebrauch gemacht wissen,

a) weil durch die in erster Instanz von ihm vorgelegten Briefschaften (Anl. 7—10 zur Replik) der Beweis der Forderung anderweitig erbracht sei. Es bedarf indessen keines Eingehens auf den Inhalt dieser Briefschaften (eines Schreibens des Hermann Günther vom 10. Februar 1860, zweier Briefe des Friedrich Günther vom 15. und 27. Febr. 1860 und der Abrechnung eines gewissen Schultz), welche überdies von den Beklagten noch nicht anerkannt, eventuell als irrelevant zurückgewiesen worden sind, weil, wenn auch die erheblichsten Beweis=Indicien zu Gunsten des Klägers darin liegen sollten, dadurch die Beweisinstanz nicht entbehrlich und die Beweislast nicht verändert werden könnte.

Der Kläger beruft sich ferner

b) auf den Umstand, daß die fragliche Uebertragung schon am 26. April vor sich gegangen und gleichzeitig das Hermann Günthersche Bekenntniß der ihm gegen den Kläger obliegenden Schuld abgegeben worden sei, so daß, da das Fallissement der Firma F. A. Günther erst am 2. Juli ausgebrochen, ein Zeitraum von $9\frac{1}{2}$ Wochen zwischen den vorgedachten Tagen gelegen habe. Das Vorhandensein eines

so langen Zeitverlustes zwischen Bekenntniß und Fallissement mache die Anwendung der fraglichen Regel unthunlich.

Bei diesem Punkte hat es freilich seine Richtigkeit, daß in manchen früheren Sachen speciell aus dem Umstande, wenn sehr kurz, oder (wie in der oben citirten Sache Cur. bon. Lieckfeldt c. Böckelmann & Mühlbach der Fall war) „unmittelbar" vor der Insolvenz-Erklärung das in Betracht kommende Bekenntniß abgelegt worden war, die Beweis-Untauglichkeit desselben abgeleitet worden ist. Allein nicht die Kürze der Zeit selbst war dabei das entscheidende Moment, sondern die unbedenklich aus derselben abzuleitende Annahme, daß in den zu entscheidenden Fällen das Bekenntniß mit Rücksicht auf ein bevorstehendes Fallissement abgegeben worden sei. Ergiebt sich daher zu dieser letzteren Annahme begründete Veranlassung in solchen Fällen, in welchen der Fallissements-Ausbruch dem betreffenden Act erst nach Verlauf einiger Wochen oder selbst Monate gefolgt ist — was nicht selten aus zufälligen Gründen (Accords-Verhandlungen u. dgl.) eintreten kann — so ist nicht minder der in Rede stehende Punkt in Gemäßheit des Obigen zu behandeln.

Im vorliegenden Falle nun ist die Annahme, daß die dem Kläger gemachte Uebertragung durch die schlechte Lage des Güntherschen Geschäfts und die Voraussicht des schwerlich zu vermeidenden Bruches motivirt worden ist, ganz unbedenklich. Die entgegenstehende Behauptung des Klägers wird durch die Fallit-Acten, auf welche er selbst sich beruft, widerlegt. Aus denselben geht unter Anderem hervor, daß das Günthersche Geschäft bereits im Jahre 1857 Unterbilanz gehabt hat; daß Fr. Günther im Jahre 1858 nicht mehr im Stande gewesen ist, alle fälligen Wechsel zu bezahlen; daß der Fortgang des Geschäfts in der folgenden Zeit nur durch Geldaushülfen gegen wucherische Zinsen ermöglicht worden ist, und daß zu der Zeit, als Hermann Günther in das Geschäft trat, eine schwere Ueberschuldung desselben vorhanden war. Der Buchhalterbericht äußert in entsprechender Weise; z. B. p. 10. 11, der Kläger sei um Geldaushülfe ersucht worden; er habe sich er-

boten, 2000 ℳ herzugeben. Damit sei Hermann Günther nicht zufrieden gewesen. „Er habe gemeint, 2000 ℳ könnten nicht helfen; es müßten 4000 ℳ sein, da Friedrich Günther zu sehr in Schulden vertieft sei." — Auch in dem in Betreff der beiden Falliten abgegebenen Straf-Erkenntnisse vom 16. März 1861 ist der Betrieb derselben als ein schwindelhafter und mit Sicherheit zum Fallissement führender bezeichnet worden.

Hiernach mußte den vorigen Richtern in der Bestimmung der Beweislast beigetreten werden. Dadurch wird selbstverständlich dem Kläger die Mitbenutzung des in der April-Acte liegenden Hermann Güntherschen Anerkenntnisses im Beweisverfahren, so weit eine solche als ihm dienlich anzusehen sein sollte, nicht abgeschnitten.

IV. Das Obergericht hatte den Beweissatz dahin formulirt, der Kläger solle darthun,

> daß dem Rey am 26. April 1860 eine Forderung gegen Hermann Günther, oder gegen die Handlung F. A. Günther zum Belaufe von Crt. ℔ 6635. $5^1/_2$ ß oder doch zu dem Belaufe zugestanden habe, zu welchem die bezüglichen, in der Masse vorgefundenen, in dem Verzeichnisse Anl. 5 zur Klage aufgeführten Waaren ihm in der April-Acte angerechnet worden seien.

Hiegegen war den Beklagten der Gegenbeweis im Allgemeinen und speciell dahin vorbehalten, daß die Geldleistungen, welche Rey gemacht habe, und die zu der fraglichen Forderung Veranlassung gegeben hätten, Mitgift an die Hermann Günthersche Ehefrau, oder ein Theil derselben, gewesen sei.

Diese Beweisformulirung ist von beiden Theilen in Betreff verschiedener Punkte angegriffen worden.

A. Klägerische Beschwerden.

Der Kläger hat

a. den ersten Theil seiner zweiten Beschwerde speciell dahin gerichtet, daß — unter Veränderung der Beweislast — die Beklagten verpflichtet werden möchten, die Voraussetzun-

gen einer Paulianischen Anfechtung der dem Rey gemachten Deckung (materielle Insolvenz des Deckenden, Kunde des Rey von diesem Zustande, Nichtexistenz der Reyschen Forderung) zu erweisen. Dieser Punkt ist durch das zu III. Ausgeführte erledigt. Schon dasjenige, was im vorliegenden Falle auf Seiten des Klägers zur Begründung der Eigenthumsklage nothwendig ist, führt auf die klägerische Beweispflicht in Betreff der Valutavergütung hin, ohne daß es auf die Einrede der Simulation, resp. der Paulianischen Anfechtbarkeit, ankommt.

b. Eventuell achtet sich der Kläger für beschwert, daß das Obergericht den Beweis auf den Umstand gerichtet habe, der Kläger habe „am 26. April 1860" eine Forderung zum Betrage von Crt. ℳ 6635. 5½ ß (oder wie viel weniger) gehabt. Er beantragt, diese Zeitbestimmung zu beseitigen, und den Kläger mit dem Beweise jeder Forderung der erforderlichen Größe, gleichviel ob sie vor dem 26. April 1860 oder später, wenn nur vor der Insolvenz-Erklärung, entstanden sein möge, zuzulassen.

Der klägerische Anwalt macht für dies Verlangen geltend, daß Rey wirklich noch andere Forderungen, namentlich eine andere von 3000 ℱ Gold gehabt habe, welche er bald nach der Errichtung der April-Acte, im Anfang Mai, der Firma F. A. Günther vorgestreckt habe. Freilich sei ihm für diese letztgedachte Forderung eine Deckung gegeben worden — nämlich durch die Verkaufs- und Traditions-Acte vom 18. Juni, worüber der bereits oben erwähnte andere Proceß zwischen den Parteien geführt worden —; allein die Deckung habe kein ausreichendes Resultat geliefert, indem die Brüder Günther einen beträchtlichen Theil der dem Rey verkauften und eigenthümlich übertragenen Gegenstände veräußert hatten, ohne dem Kläger das Provenü zukommen zu lassen. Mit dem hieraus sich ergebenden Ausfall müsse der Kläger aus dem Grunde hier zugelassen werden, weil ihm der Art. 34 Nr. 3 der Neuen Fallit-Ordnung zur Seite stehe, zufolge welches diejenigen, welche eines ihnen verschuldeten

Falliten Güter in ihrem Besitz haben, insofern sie iusto titulo zu dem Besitz gekommen, des Retentionsrechtes zu genießen haben sollen.

Diese Beschwerde ist mit Grund von den Beklagten bestritten worden. — Bedeutung hat dieselbe überhaupt nur, insofern der Kläger von einer nach dem 26. April 1860 entstandenen Forderung redet; denn vorher entstandene Forderungen, wenn sie nicht etwa bis zum vorgenannten Tage getilgt worden sein sollten, kann der Kläger selbstverständlich zum Beweise benutzen. Auf später entstandene Forderungen kann es dagegen nicht ankommen. Gerade um die Existenz einer Reyschen Forderung zur Zeit des 26. April handelt es sich. Die zum Eigenthumserwerb erforderliche Vergütung des Kaufpreises soll zu jener Zeit durch Compensation geschehen sein, sie setzt also die Existenz einer Forderung gerade zu jener Zeit voraus. Die Aufstellung des Klägers, er könne eventualiter retiniren, ist hier, wo es sich um den Beweis des klägerischen Eigenthumserwerbs handelt, am unrechten Orte, überdies auch deshalb hinfällig, weil es dem Kläger an der nothwendigen Voraussetzung jeder Retention, der Detention, fehlt. Dies Letztere liegt, da die possessorische Klage des Rey rechtskräftig verworfen ist, außer Zweifel.

B. Beklagtische Beschwerden.

Die Beklagten beschweren sich (eventualiter)

a. darüber, daß es dem Kläger verstattet worden sei, mittelst des Beweises einer Forderung, sei es an Hermann Günther, sei es an die Firma F. A. Günther, durchzudringen; der Kläger müsse auf den Beweis einer Forderung an den Erstgenannten beschränkt werden.

Der Ungrund dieser Beschwerde ergiebt sich ohne Weiteres daraus, daß Hermann Günther — wie die Beklagten selbst im vorliegenden Processe nachdrücklich geltend gemacht haben — solidarisch für die Verbindlichkeit der Firma F. A. Günther verpflichtet gewesen ist, so daß jede Schuld der letz-

teren auch eine Forderung an Hermann Günther persönlich begründete.

Ein fernerer Beschwerdepunkt der Beklagten besteht

b. darin, daß es dem Kläger verstattet sei, seinen Beweis auf einen solchen Forderungsbelauf zu beschränken, welcher dem Betrage, zu welchem die in der Anlage 5 aufgeführten (noch jetzt vorhandenen) Waaren in der April-Acte angesetzt seien, gleichkomme.

Diese Beschwerde hat insofern einigen Schein, als man begründeter Weise davon auszugehen hat, daß zu der in Rede stehenden Eigenthums-Uebertragung volle Vergütung des Kaufpreises gehörte, wie denn auch in Wirklichkeit für die Gesammtheit der übertragenen Gegenstände die Gesammtheit der klägerischen Forderung compensando getilgt worden sein soll. Hieraus ließe sich weiter ableiten, daß, wenn die qu. Forderung nicht bis zu dem angegebenen Belaufe bestanden haben sollte, der Mangel auf sämmtliche einzelne Gegenstände eingewirkt habe, von denen dann für keinen die nöthige Vergütung geleistet worden sei. Auch würde man es als unberechtigt anzusehen haben, wenn der Kläger den Theil der Forderung, dessen Beweis ihm etwa gelinge, gerade auf die jetzt streitigen, vindicirten Gegenstände beziehen wollte. Dieser Argumentation steht es indessen entgegen, daß der Kläger, welcher nur auf einen Theil der im April 1860 gekauften und ihm tradirten Gegenstände klagt, zur Begründung dieser Klage mit dem Beweise einer dem Kaufpreise jener Gegenstände an Größe gleichkommenden Forderung ausreichen muß. Aus dem Beweise einer Forderung in diesem Umfange folgt noch nicht, daß eine Kaufpreis-Vergütung für den hier nicht in lite befindlichen Rest jener Gegenstände unterblieben sei. Wollten die Beklagten aus einem solchen Unterbleiben Rechte ableiten, so hätten sie dies geltend machen und einen desfallsigen Beweis anbieten müssen, was nicht geschehen ist.

Uebrigens scheint aus der Rechtfertigung der hier in Rede stehenden Beschwerde hervorzugehen, daß die Beklagten bei

derselben ihre Absicht auf einen dem gegenwärtigen Streite gar nicht angehörigen Punkt gerichtet haben. Sie vermuthen nämlich, daß der Kläger beabsichtige, für den Werthbetrag desjenigen Theils der in der April-Acte verzeichneten Gegenstände, welche nicht in der Masse vorgefunden sind, als Creditor bei der Masse aufgenommen zu werden. Und diese Aufnahme würde allerdings durch den Beweis der Forderung in deren gesammtem Umfange bedingt sein. Allein auf jene Aufnahme des Klägers ist nicht geklagt, und es kann mithin bei der Beweisnormirung auf den angeregten Punkt keine Rücksicht genommen werden. Selbstverständlich wird den Rechten der Parteien in Betreff dieses Gegenstandes durch den Ausgang des gegenwärtigen Processes nicht präjudicirt.

Endlich achten sich die Beklagten

c. dadurch beschwert, daß nicht dem Kläger der Beweis der Identität der in dem klagend beigebrachten Verzeichniß (Anlage 5 zur Klage) aufgeführten, vindicirten Waaren mit den entsprechenden, in der April-Acte verzeichneten aufgelegt worden sei.

Dieses Vorbringen der Beklagten verstößt gegen den klaren Inhalt des Vergleichs, welchen die Parteien am 15. September 1860 darüber geschlossen haben, zu welchen Kategorieen resp. der vom Kläger auf Grund der verschiedenen Acte in Anspruch genommenen und der Masse unbestritten zuständigen Gegenstände die vorgefundenen Waaren u. s. w. gehörten. Jenem Vergleich liegt auch dasjenige Verzeichniß bei, welches die in der Acte vom 26. April 1860 aufgeführten Waaren und Geschäfts-Utensilien, so weit sie noch vorhanden sind, enthält und in Bezug auf welche die Beklagten erklärt haben,

„sie erkennten die Identität der darin verzeichneten Gegenstände an; sie erkennten es an, daß die darin aufgeführten Sachen die durch die Acte vom 26. April 1860 gemeinten seien."

Und im gegenwärtigen Processe haben die Beklagten excipiendo ohne irgend welche Einwendungen eingeräumt,

„die Anlage 5 enthalte ein Verzeichniß derjenigen Gegenstände, welche nach Uebereinkunft der Parteien an Stelle der in der Acte vom 26. April 1860 aufgeführten träten."

Wenn die Beklagten jetzt behaupten, sie hätten bei jenem Vergleiche den Vorbehalt gemacht, daß die von ihnen ertheilte Anerkennung der Repartition der vorgefundenen Gegenstände in die oben gedachten Kategorieen dadurch bedingt werde, daß der Kläger in Betreff des Werthes der nicht mehr vorhandenen Gegenstände als Creditor bei der Masse nicht concurriren dürfe, so widerspricht dies der von ihnen in dem Vergleiche abgegebenen reinen Erklärung. Ueberdies enthält das hier in Rede stehende Vorbringen der Beklagten eine excipiendo nicht vorgetragene und deshalb präcludirte Einwendung.

V. Gegen den Ausspruch des Obergerichts, daß das eventuell als dem verstorbenen Rey zuständig gewesen anzunehmende Eigenthum den vom m. n. Kläger jetzt vertretenen drei minderjährigen Kindern desselben nur zu drei Viertheilen zu Gute komme, ist die dritte Beschwerde erhoben, daß nicht jenen drei Kindern das Eigenthum ganz zukommen solle.

Die Grundlosigkeit dieser Beschwerde liegt am Tage. Unbestritten ist außer den vorgedachten drei Kindern des Rey ein viertes, die Ehefrau des Mitfalliten Hermann Günther, vorhanden. Daß diese die Erbschaft ihres Vaters ausgeschlagen habe, behauptet der m. n. Kläger nicht; auch enthalten die vorliegenden Acten das Gegentheil. Denn es ist eine pro herede gestio, wenn dieselbe (ausweise des Obergerichts-Protocolls p. 4) nach dem Ableben ihres Vaters, als die Sache in der Appellations-Instanz vor dem Obergerichte lag, durch ihren Mandatar Dr. Gustav Hertz erklären ließ,

„sie wolle in den Rechtsstreit nicht eintreten, sei vielmehr ihrerseits mit dem Erkenntniß des Niedergerichts vom 31. März 1862 (wodurch ihr Vater mit der erhobenen Klage abgewiesen worden war, und gegen welches der Vertreter desselben Appellation eingelegt hatte) zufrieden."

War aber die Ehefrau Günther Mit-Erbin ihres Vaters geworden, so unterliegt die Verwerflichkeit der in Rede stehenden Beschwerde keinem Zweifel.

Ob die Ehefrau Günther mit oder ohne Einwilligung ihres Ehemannes jene Erklärung abgegeben hat, ist für die Beurtheilung des vorbesprochenen Punktes gleichgültig, und bedarf es mithin keines weiteren Eingehens auf dasjenige, was der Kläger hierüber vorgebracht hat.

VI Die letzte in Betracht kommende Beschwerde ist die von den Beklagten in letzter Eventualität aufgestellte, dahin gehend,

> daß nicht jedenfalls der Kläger verpflichtet worden sei, die auf die eventuell ihm auszuliefernden Gegenstände haftenden Unkosten (Miethe, Inventur-, Conservirungs- 2c. Aufwendungen), deren nähere Aufgabe vorbehältlich, pro rata zu ersetzen.

In der Klage hatte der Kläger sich dazu erboten, den Beklagten die ihnen gebührende Provision von 1 % des Werthes der vindicirten Gegenstände (Art. 99 der Neuen Fallit-Ordnung) zu vergüten. Die Beklagten hatten hierauf excipiendo bemerkt, mit jener Provisions-Vergütung werde nicht genug geschehen, der Kläger müsse eventuell auch die in gravamine bezeichneten Kosten übernehmen. — Weiteres ist über diesen Gegenstand in den Acten nicht vorgekommen. — Wenn bei dieser Sachlage das Obergericht dem Kläger eventuell drei Viertheile des Eigenthums an den vindicirten Gegenständen in seinem Erkenntnisse zugesprochen hat, ohne zugleich über jene Kosten sich zu äußern, so ist nicht anzunehmen, daß es den Beklagten in Betreff dieses Punktes Etwas habe absprechen wollen. Vielmehr ist dieser ein Gegenstand, über welchen zu erkennen es dann die geeignete Zeit sein wird, wenn eventuell das klägerische (Mit-) Eigenthumsrecht außer Zweifel gestellt und die in Betracht kommenden Unkosten ihrer Art und ihrem Umfange nach vom Kläger näher dargelegt sein werden. — Die Beschwerde ist mithin gegenstands-

los, und wird dem Kläger das Obergerichts-Erkenntniß nicht entgegenstehen, wenn er später auf den hier besprochenen Gegenstand zurückkommen sollte.

Waren nach dem Obigen die Appellationen beider Parteien als grundlos zu verwerfen, so mußten, wie im Erkenntnisse geschehen, die Kosten dieser Instanz durchweg compensirt werden.

Bremen. 18.

Untersuchungssache wider **Adam Scharbinger** Wittwe, **Therese,** geb. **Böschel.**

(pto. lenocinii.)

Zeugnißfähigkeit öffentlicher Mädchen in Betreff des lenocinium. Begriff des lenocinium im Gegensatz zur einfachen Kuppelei. Strafe des lenocinium.

Aus den Entscheidungsgründen
des Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisses
vom 28. Februar 1865.

Von jeher ist vom Oberappellations-Gerichte der Grundsatz angenommen und angewendet worden, daß die Aussagen öffentlicher Mädchen nicht nur, soweit sie Geständnisse enthalten, vollen Glauben verdienen, sondern, daß auch die damit verbundenen unbeeidigten Angaben über die Betheiligung der Wirthe und Wirthinnen an dem in ihrem Hause betriebenen liederlichen Gewerbe ein dringendes Indicium bilden, und, zumal wenn anderweitig unterstützt, selbst geeignet sind, den vollen Beweis des lenocinium herzustellen.

— — — — — — — — — — — — — —

Nach allem diesem darf es unbedenklich als erwiesen angenommen werden, daß die Inculpatin wissentlich, und zwar

in gewinnſüchtiger Abſicht, eine Mehrzahl öffentlicher Mädchen zum Betriebe ihres unſauberen Gewerbes in ihr Haus aufgenommen hat, was eben das Charakteriſtiſche der Hurenwirthſchaft bildet, im Gegenſatz zur einfachen Kuppelei.

— — — — — — — — — — — — — —

Nach den in großer Anzahl vorliegenden Präjudicaten wird die Hurenwirthſchaft in Bremen, ſelbſt wenn ſie zum erſten Male zur Unterſuchung kommt, regelmäßig mit Zuchthaus beſtraft, wie dies noch neuerdings vom Ober=Appellations=Gerichte wiederholt anerkannt iſt.

U.=S. wider Peymann Ehefrau, October 1862.
U.=S. wider Strohmeyer und Ehefrau, Mai 1863.

Druck von H. G. Rahtgens in Lübeck.